



FILIPPE AUGUSTO AZEVEDO DE ALBUQUERQUE

**COLABORAÇÃO PREMIADA –  
ESTUDO COMPARADO ENTRE AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E  
PORTUGUESA**

Dissertação de mestrado com vistas à obtenção  
do grau de Mestre em Direito e Segurança, pela  
Faculdade de Direito da Universidade Nova de  
Lisboa.

Orientador:

Prof. José Fontes

AGOSTO/ 2020



FILIPPE AUGUSTO AZEVEDO DE ALBUQUERQUE

**COLABORAÇÃO PREMIADA –  
ESTUDO COMPARADO ENTRE AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E  
PORTUGUESA**

Dissertação de mestrado com vistas à obtenção  
do grau de Mestre em Direito e Segurança, pela  
Faculdade de Direito da Universidade Nova de  
Lisboa.

Orientador:

Prof. José Fontes

AGOSTO/ 2020



NOVA SCHOOL  
OF LAW

Colaboração premiada - Estudo comparado entre as legislações  
brasileira e portuguesa – Filipe Albuquerque

## **DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO**

Declaro que o texto dessa dissertação de Mestrado em Direito e Segurança, ministrada pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa é exclusivamente de minha autoria e que toda utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.



## DEDICATÓRIA

À minha família, especialmente à minha esposa que esteve ao meu lado e soube dar o apoio necessário para que essa tese fosse realizada. Dedico também ao meu filho Daniel, que mesmo com pouca idade, foi compreensivo e me permitiu ir mais além em busca da verdade que tanto almejamos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Universidade Nova de Lisboa, por toda atenção durante o curso e finalmente durante a elaboração da tese.

Agradeço ao meu orientador professor Doutor José Fontes, pela disponibilidade e confiança depositada em mim, durante todo esse processo de estudos e pesquisa.

Agradeço a minha tia Lúcia, que não mediu esforços para que esse mestrado fosse uma realidade em minha vida.

E por fim agradeço à Polícia Civil do Estado do Amazonas, bem como ao Governo do Estado do Amazonas, que acreditaram em meu potencial e permitiram meu afastamento para cursar o Mestrado em Direito e Segurança por esta briosa Universidade.

## ABREVIATURAS

ART. – Artigo

CPPB – Código de Processo Penal brasileiro

CPPP – Código de Processo Penal português

CPB- Código Penal Brasileiro

CPP – Código Penal Português

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DGPJ – Direção Geral da Política de Justiça

FDN- Família do Norte

FATF – Financial Action Task Force

FARCS – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia

ILO – International Labor Organization

ONU – Organização das Nações Unidas

OMI – Organização Marítima Internacional

OCDE – Organização para cooperação e desenvolvimento econômico

PCC – Primeiro Comando da Capital

UN – *United Nation*

UNTOC – *United Nation Convention Against Transnational Organized Crime*

UNODC – *United Nation Office of Drugs and Crime*

UE – União Europeia

.



NOVA SCHOOL  
OF LAW

Colaboração premiada - Estudo comparado entre as legislações  
brasileira e portuguesa – Filipe Albuquerque

## **DECLARAÇÃO**

Declaro para fins de regimento que o corpo desta tese, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 33.540 caracteres, o que condiz com as regras de estilo desta Universidade.

## RESUMO

O combate ao crime organizado, deve ser uma política de Estado, isso fica evidente quando tratamos de políticas públicas de segurança. Por essa razão tratamos da colaboração premiada, meio de obtenção de prova, que visa primordialmente combater o crime organizado e alcançar com maior êxito o enfrentamento à criminalidade complexa.

Assim, iniciamos essa tese com a abordagem da legislação internacional que visa regulamentar a tratativa relacionada a criminalidade transnacional, isso fica bastante evidente, tendo em conta a múltipla rede de relações que existem entre criminosos de vários países. Fazendo uma digressão histórica, podemos perceber que as Nações Unidas sempre tiveram um olhar diferenciado para a criminalidade transnacional e foi por essa razão que iniciaram as tratativas no quinto congresso para o tratamento de criminosos de 1975.

Após esse evento, houve de fato uma grande evolução a qual culminou com a definição de criminalidade transnacional pela Convenção de Palermo, ela estabeleceu seis características principais, onde possamos considerar como organização criminosa. Mais a frente, após analisar diversos diplomas internacionais sobre crimes transnacionais, chegamos a Convenção de Mérida, onde houve clara menção a colaboração premiada como meio de obtenção de prova e enfrentamento ao crime organizado.

Mas de nada adiantaria toda essa legislação internacional, caso não houvesse uma previsão no diploma dos países signatários. Por isso, iniciamos o estudo comparado, fazendo uma análise da criminalidade organizada em fatos e em número no Brasil e em Portugal, por isso inevitavelmente no caso brasileiro, a abordagem da origem do PCC e sua atuação atual não poderia passar despercebida, assim como também os números estatísticos de criminalidade em Portugal, que apontam uma tendência crescente em certos pontos de criminalidade.

Nesse mesmo tom, continuando a abordagem sobre este estudo comparado, tratamos dos meios de obtenção de provas tanto em Portugal como no Brasil, isso foi de suma importância, haja vista que consideramos a colaboração premiada como meio de obtenção de prova e acima disso, um negócio jurídico processual. Por essa razão um estudo minucioso apontando as diferenças e semelhanças foi necessário.



Por fim, abordamos a colaboração premiada em sua essência, inicialmente como política pública de combate ao crime organizado, para logo depois tratarmos a recente alteração legislativa brasileira ocasionada pela lei 13.964/2019 assim como os dispositivos legais portugueses, para enfim chegarmos a conclusão de que Portugal possui uma legislação, mesmo que pulverizada, sobre a colaboração premiada, mas que efetivamente não possui uma segurança jurídica entre o colaborador e as entidades legais, o que inviabiliza a sua completa implementação.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada, delação premiada, crime organizado.

## ABSTRACT

The fight against organized crime must be a State policy, this is evident when dealing with public security policies. For this reason, we are dealing with award-winning collaboration, a means of obtaining evidence, which primarily aims to combat organized crime and to more successfully tackle complex crime.

Thus, we started this thesis with the approach of international legislation that aims to regulate the treatment related to transnational crime, this is quite evident, taking into account the multiple network of relationships that exist between criminals from various countries. Taking a historical tour, we can see that the United Nations has always had a different perspective on transnational crime and it was for this reason that the negotiations started at the fifth congress on the treatment of criminals in 1975.

After this event, there was in fact a great evolution which culminated in the definition of transnational crime by the Palermo Convention, it established six main characteristics, which we can consider as a criminal organization. After that, after analyzing several international diplomas on transnational crimes, we arrived at the Mérida Convention, where there was a clear mention of award-winning collaboration as a means of obtaining evidence and fighting organized crime.

But all this international legislation would be of no use if there was no provision in the diploma of the signatory countries. For this reason, we started the comparative study, making an analysis of organized crime in facts and in numbers in Brazil and Portugal, so inevitably in the Brazilian case, the approach of the origin of the CCP and its current performance could not go unnoticed, as well as the statistical crime figures in Portugal, which point to an increasing trend in certain points of crime.

In the same tone, continuing the approach on this comparative study, we approached the means of obtaining evidence both in Portugal and in Brazil, this was of paramount importance, given that we consider the winning collaboration as a means of obtaining evidence. For this reason, a thorough study pointing out the differences and similarities was necessary.

Finally, we approach the award-winning collaboration, initially as a public policy to combat organized crime, and soon after we address the recent Brazilian legislative change brought about



by Law 13,964 / 2019 as well as the Portuguese legal provisions, in order to arrive at the conclusion that Portugal has a legislation, even if dispersed, on the winning collaboration, but which effectively does not have legal certainty between the employee and the legal entities, which prevents its full implementation.

Keywords: Award-winning collaboration, prize-giving, organized crime.

## INTRODUÇÃO

O interesse em realizar o estudo sobre a colaboração premiada, nasceu da falta de uma legislação específica sobre o crime organizado em Portugal que ampare tal medida e também da pouca produção científica desenvolvida sobre tal tema. O crime organizado de uma forma geral, é uma forma de criminalidade complexa e que por essa razão precisa de mecanismos específicos para o seu melhor combate.

Mesmo diante de um tema tão desafiador, não nos esquivamos de cumprir esse desejo de estudar o crime organizado e mais precisamente a colaboração premiada vivenciada no Brasil e em Portugal. De fato, esse estudo traz bastante discordância, o que é saudável no ambiente acadêmico.

O crime organizado produz um impacto enorme da vida das pessoas, principalmente no público mais vulnerável, ou seja, aqueles que diretamente ou indiretamente sofrem com sua ação. É por essa razão, que este tipo de criminalidade precisa ser encarado de uma forma diferente. Mormente, por ter efeitos diretos na garantia da segurança pública dos cidadãos.

Assim, essa dissertação teve como intuito realizar primeiramente a caracterização da criminalidade organizada, porém começando pela análise da Convenção de Palermo e outros dispositivos legais internacionais, o seu contexto histórico em que foi produzida e sua grande valia para o enfrentamento a criminalidade organizado atual.

Após essa análise da legislação internacional, pretende-se verificar a existência de uma legislação nacional portuguesa, bem como brasileira, que vise combater o crime organizado. Assim, abordaremos a criminalidade organizada em fatos e números tanto em Portugal como no Brasil.

Dando continuidade, iniciaremos uma abordagem mais processual, voltada primordialmente para as modalidades de meios de obtenção de prova. Tal medida se justifica, justamente por ser essa a caracterização legal atribuída a colaboração premiada. Iniciaremos abordando as espécies de meios de obtenção de prova, suas características e a conformidade constitucional, permitindo-se assim uma melhor adequação ao sistema processual constitucional.

Assim, ao vermos os instrumentos jurídicos disponíveis para um enfrentamento a criminalidade organizada, podemos refletir e fazer uma análise se os dispositivos legais disponíveis para o

enfretamento a criminalidade complexa são suficientes, ou temos a necessidade de criar outras figuras mais eficazes, que tratem melhor da criminalidade mais complexa.

Por fim, ao observarmos toda a construção lógica voltada para a análise da colaboração premiada, chegamos ao núcleo deste estudo. Neste momento, adentramos no núcleo essencial da tese e abordamos a colaboração premiada em sua essência, descrevendo suas virtudes e críticas ao instituto.

Faremos, no mesmo instante, uma análise comparativa ao sistema português, visando assim chegar a algumas conclusões. A primeira das respostas que buscamos é se de fato em Portugal a colaboração premiada existe no ordenamento jurídico; logo em seguida, caso seja positiva essa resposta, avançaremos e faremos outra indagação, que seria voltada para análise da eficácia dessa previsão legal de colaboração premiada e por fim, faríamos uma avaliação entre os dois sistemas jurídicos, fazendo assim um juízo de valor e assim terminaremos a nossa análise comparativa entre os dois sistemas jurídicos e o instituto da colaboração premiada.

## Capítulo I – O CRIME ORGANIZADO E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL.

### 1.1 – Evolução histórica do crime organizado na legislação internacional.

Muito se fala sobre o crime organizado e os meios pelos quais diversas entidades governamentais se valem para efetuar o seu devido enfrentamento. Dentre as várias iniciativas legislativas internacionais, existem algumas cruciais para a delimitação da própria noção de crime organizado.

É importante ressaltar que o crime organizado, já possui natureza transnacional e dessa forma deve ser visto e enfrentado, pois não há respeito algum por fronteiras e limites territoriais.

O termo criminalidade transnacional foi primeiramente utilizado no quinto Congresso das Nações Unidas para tratamento de criminosos em 1975. Tinha como finalidade identificar certo fenômeno criminal que transcenderia fronteiras internacionais.

Os crimes transnacionais de uma forma mais enfática, foi definido pela ONU, conforme leciona Neil Boister<sup>1</sup> “*The Fourth UN Survey of crime trends and operations of criminal justice system made in 1976 defined transnational crime as ‘offences whose inception, perpetration and/ or direct or indirect effects involved more than one country’*”.

De fato, esta afirmação reflete a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, comumente conhecida como Convenção de Palermo o qual transcrevemos a seguir:

#### *3 Âmbito de aplicação*

*2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:*

- a) For cometida em mais de um Estado;*
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado*
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou*

---

<sup>1</sup> Neil Boister, An Introduction to transnational criminal law, Oxford University Press 2012. (pág.04).

*d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.*

Não obstante ela ter surgido anos depois, este entendimento sobre o crime organizado já estava sendo moldado e sedimentado no seio das Nações Unidas e a Convenção acima citada, somente corporificou o que já vinha sendo debatido anteriormente.

Essa definição de crime transnacional é criticada por alguns criminologistas. Nas palavras de Neil Boister<sup>2</sup> *“Some criminologists are critical of the over-inclusive nature of transnational crime. One problem is that it contains different types of crimes including organized, white collar, and political crime”*.

Essa opinião reflete de fato a problemática de colocar diversas formas de criminalidade em um só conceito, pois cada crime possui sua particularidade e natureza típica. Por essa razão, existe a crítica relacionada a um único conceito de crime transnacional para diversos crimes de naturezas totalmente diferentes.

Superada essa análise inicial, é possível abordar o conceito de crime transnacional e a legislação criminal transnacional, isso é muito importante, pois traz para a questão da internacionalização da legislação, para fazer face a crescente atividade do crime organizado transnacional.

Segundo Phillip Jessup, a legislação transnacional inclui *“all law which regulates actions or events that transcend national frontiers”*<sup>3</sup>. No entanto, a grande problemática enfrentada na seara da legislação internacional, não é a sua essência e sim a sua exequibilidade. Isso se explica, mormente em razão da legislação internacional, em regra, nunca criar crimes e penas, tarefa essa atribuída aos Estados soberanos. Sendo assim, caberá aos Estados partes a tarefa de legislar internamente, propiciando uma exequibilidade que não existe prontamente no direito internacional penal.

Consequências nefastas são encaradas caso um Estado, que tenha aderido a um tratado, cujo assunto circule na seara do tráfico de drogas, por exemplo, decida não legislar internamente sobre o assunto. Este, sem dúvida, sofrerá sanções por parte dos Estados que aderiram ao tratado em conjunto.

Em termos gerais, não podemos confundir o Direito penal Internacional com os crimes transnacionais, isso porque o Tribunal Penal Internacional, regido pelo Estatuto de Roma, possui

<sup>2</sup> Neil Boister, *An Introduction to transnational criminal law*, Oxford University Press 2012.(pág.4).

<sup>3</sup> P Jessup, *Transnational Law* (New Haven: Yale UP, 1956) pág. 2.

coercibilidade e inclusive poder decisório e um rol de crimes estabelecidos. O que de fato não acontece com a legislação de crimes transnacionais.

Bem elucidativa e didática as palavras de Neil Boister<sup>4</sup>: *“To use Falk’s language, while international law is in part a vertical or hierarchical order between formally unequal centers of legal authority, transnational criminal law is a horizontal or non-hierarchical order of formally equal centres of authority based on reciprocity, equality, and sovereign consent”*.

Com isso percebemos claramente que o grande objetivo da legislação internacional que visa o combate as diversas formas de criminalidade, seja ela organizada ou não, mas que todas elas sejam internacionais ou, em outras palavras, transfronteiriças, é trabalhar com a cooperação internacional, ao mesmo tempo forçar os Estados partes a legislarem internamente no que foi tratado.

O que se percebe, dessa forma, que a legislação internacional para o combate à criminalidade internacional e transfronteiriça, tem como seu grande objetivo e núcleo essencial a promoção da cooperação internacional. Nesses termos é possível citar como exemplo a Convenção das Nações Unidas sobre o tráfico de drogas. Nela e seu artigo 2 (1), é possível visualizar a viabilidade de cooperação entre os países no enfrentamento a tal crime:

## *ARTIGO 2*

### *Alcance da Presente Convenção*

*1 - O propósito desta Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que se possa fazer frente, com maior eficiência, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional. No cumprimento das obrigações que tenham sido contraídas em virtude desta Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias, compreendidas as de ordem legislativa e administrativa, de acordo com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos.*

Atualmente, os crimes transnacionais estão menos estruturados e mais fluídos, não focando mais em especialidades de atividade criminosa, explorando, portanto, todas as possibilidades de negócio dentro do mundo criminoso.

---

<sup>4</sup> Neil Boister, An Introduction to transnational criminal law, Oxford University Press 2012.(pág.18).



## 1.2 – Conceito de organização criminosa e a Convenção de Palermo.

Seguindo nessa análise legislativa, podemos agora citar, dando continuidade ao estudo sobre a Convenção de Palermo das Nações Unidas, que a sua grande contribuição, foi enfim, delimitar o que seria uma organização criminosa. Nesses termos a Convenção definiu em ser art. 2, alínea a, como sendo:

*Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.*

Esse enfim, foi o conceito adotado pela Convenção de Palermo sobre o crime organizado, fazendo a junção de seis características principais, ou seja, grupo organizado, hierarquicamente estruturado, que utiliza a violência e intimidação para angariar lucros e controlar mercados e territórios, usando meios para lavar dinheiro e irregularmente ingressar na atividade econômica, havendo ainda potencial para expansão e por fim cooperando com outras organizações criminosas de outros países.

Convém ressaltar que a própria participação em um grupo criminoso gera efeitos, como inclusive a penalização dos envolvidos, essa foi claramente uma disposição legal que veio juntamente compor o texto da Convenção de Palermo.

Outra questão bastante difundida seria a ampla definição de crime organizado pela UNTOC, o que gerou um disparate nas legislações em diversos países para assim classificar uma organização criminosa. Segundo Neil Boister<sup>5</sup> *“On the other hand, however, the authors of the UNTOC probably did not want to set in stone a definition of organized crime; they wanted a definition that (i) identified a few common characteristics of the problem but was (ii) loose enough to cover a range of different manifestations of the problem as it appeared under local conditions”*.

A convenção de Palermo, além de definir a noção de crime organizado, trouxe consigo alguns ônus aos países signatários, como por exemplo a criminalização da lavagem de dinheiro (branqueamento de capital), bem como a corrupção, conforme expressa previsão no Art. 8 e ainda a obstrução da justiça prevista no art. 23. Todos esses compromissos são vitais para que haja um correto

---

<sup>5</sup> Neil Boister, An Introduction to transnational criminal law, Oxford University Press 2012 (pág.82)

enfrentamento ao crime organizado, já que o grupo criminoso age em várias frentes, principalmente lavando o capital angariado da atividade criminosa e ainda subornando agentes estatais para que não sejam incomodados ou por fim, obstruindo a justiça.

Outra grande questão são as especificidades do grupo criminosa, tido como organização criminosa, nos termos da Convenção de Palermo. Para ele é preciso que haja uma junção entre um grupo de uma ou mais criminosos e ainda é imprescindível que a pena aplicada para a criminalidade grave, seja ao menos de 4 anos. Caso contrário, não será possível a aplicação do UNTOC.

Sobre criminalidade relevante, Neil Boister<sup>6</sup> cita o exemplo do Canadá: *“For exemple, section 467.1 of Canada’s criminal Code defines serious crime as an indictable offence carrying a penalty of five years or more, and many offences in Canada now carry the five-year maximum penalty”*.

Dessa forma, percebemos claramente o grande esforço empreendido pelas Nações Unidas, para unificar os conceitos de crime organizado e assim tentar ao menos estabelecer uma política unificada para os países signatários.

### **1.3 – Crime organizado e a prática da pirataria**

Avançando na análise da criminalidade organizada transnacional, nos deparamos com a prática da pirataria. Uma anciã nas atividades criminosas praticadas por criminosos cuja a origem remonta séculos atrás. Grande parte de sua atividade no passado, estava localizada no estreito de Malaca no Mar da China, em Bangladesh e Nigéria. Ocorre que atualmente sua atividade se sofisticou e agora atuam fortemente na Somália.

Segundo dados <sup>7</sup>UNODC a pirataria já está envolvida com o crime organizado e atualmente é financiada por este. Sua atuação é bastante simples, atuam em barcos rápidos e são altamente armados. Os navios que são escolhidos geralmente são grandes e possuem carga valiosa.

Diante dessa grande problemática atual a entidade que visa o controle das atividades nas águas internacionais, Organização Marítima Internacional - OMI, entidade vinculada a ONU, visa a cooperação entre os Estados partes com o objetivo de garantir maior segurança na navegação

<sup>6</sup> Neil Boister, *An Introduction to transnational criminal law*, Oxford University Press 2012 (pág.85).

<sup>7</sup> UNODC, *Awash with Money – organized crime and its financial links to Somalia*, 25 May 2011, disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/may/awash-with-money---organized-crime-and-its-financial-links-to-somali-piracy.html?ref=fs1>, visitado em 02 de outubro de 2019.

comercial. Em seu relatório<sup>8</sup> se manifestou com relação ao presente tema afirmando um aumento entre 2009 e 2010 de 406 para 489 ocorrências relacionados a pirataria em navios.

No que diz respeito a definição legal de pirataria nos deparamos com a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, no art. 101 da Convenção de Montego bay, foi definido como sendo:

#### *ARTIGO 101*

##### *Definição de pirataria*

*Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos: a) todo ato ilícito de violência ou de detenção ou todo ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra: i) um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos; ii) um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado; b) todo ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de fatos que dêem a esse navio ou a essa aeronave o caráter de navio ou aeronave pirata; c) toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados nas alíneas a) ou b).*

A grande problemática dessa legislação diz respeito a sua aplicabilidade, tendo em vista que somente pode ser empregada em águas internacionais e ainda há outro ponto, qual seja, a pirataria somente poderá ser praticada por um navio ou aeronave. Vejamos então, a principal prática de pirataria no mundo encontra-se no Golfo de Áden, nesta região a pirataria da Somália atua basicamente em águas nacionais, longe dos termos do tratado. Tendo em vista que a Somália reconhece como seu o mar territorial de 200 milhas náuticas. Dessa forma, fica praticamente inibida qualquer ação internacional que vise o real combate a pirataria no estreito de Áden, principalmente pelo fato de que a Somália não possui forças estatais suficientes para combater tal forma criminosa.

Dessa forma, percebemos que o direito internacional ainda está procurando uma solução para a situação da pirataria na Somália, e de fato, é algo que vai muito além do que anteriormente foi moldado como crime internacional. A essa altura, possui uma nova roupagem o que dificulta, por depender de ações estatais, um combate eficaz contra a pirataria no estreito do Áden.

---

<sup>8</sup> IMO, reports of acts of piracy and armed robbery against ships: Annual report 2010, MSC. 4/Circ.169 1 April 2011, pág 5.

## 1.4 – Crime Organizado, tráfico de pessoas e escravidão

Seguindo na análise da legislação que visa o combate ao crime organizado transnacional, chegamos nas criminalidades voltadas para o tráfico de escravos, tráfico humano e tráfico de imigrantes. Por muitos anos o tráfico de escravos era uma prática rotineira, principalmente aos mercadores que traziam da África, escravos para servirem de mão de obra no mundo novo.

Atualmente essas práticas evoluíram em uma variedade de novas atuações, tão quanto nefastas para a humanidade. Nas palavras de K Bales<sup>9</sup>, *“More recently, the definition of slavery has slowly been expanded upon to include the remarkable variety of coercive human exploitation short of legal ownership where the emphasis is on temporary use value”*.

Com essa afirmação, podemos extrair uma conclusão, de que fato, mesmo com o passar dos anos, ou até mesmo dos séculos, a prática da escravidão ganhou uma roupagem moderna. Isto se mostra evidente na prática usual de tráfico de imigrantes, onde a principal fonte de ganho com a prática criminosa é feita mediante pagamento de pessoas que não possuem praticamente nada, ou até mesmo com a intenção de prestar trabalho escravo no país onde é o alvo da imigração, para assim pagar a dívida com o atravessador.

A iniciativa mais moderna que se tem em conta, por parte da ONU, no que tange ao enfrentamento a escravidão, veio com a declaração universal dos direitos humanos de 1948. Especificamente em seu art. 4

*Artigo 4.º*

*Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.*

O grande problema é que a criminalidade organizada que buscou atuar a revelia da Convenção sobre a escravidão de 1928, fazendo como sempre, formas travestidas ou disfarçadas, mas que ao fundo, tratava-se realmente de escravidão, continuou atuando de outras formas. Nesse sentido, podemos falar dos trabalhos forçados ou da escravidão por dívida.

---

<sup>9</sup> K Bales, 'Expendable people: Slavery in the Age of Globalization,' Journal of International Affairs (2000). Pág. 461, 462, 466.

Essas atividades criminosas ganharam proporções inimagináveis e geralmente estão entre as vítimas nacionais de países subdesenvolvidos que sonham com uma vida melhor e mais justa em países ricos.

A Organização Internacional do Trabalho, visando fazer frente a esse grande problema, antes mesmo da própria declaração da ONU dos Direitos Humanos, formulou a Convenção sobre trabalhos forçados, nesses termos:

*Artigo 2*

*Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.*

Podemos perceber que apesar de anos após a Convenção, e mesmo diante da iniciativa de países, para a inserção nos ordenamentos internos, da criminalização dos trabalhos forçados e da escravidão por dívida. Tal prática ainda continua viva no cenário mundial do crime organizado.

Mais uma forma de criminalidade, conhecida como escravidão branca, foi regulamentada internacionalmente, mas essa nomenclatura foi abandonada passando a ser conhecida como tráfico de pessoas e exploração da prostituição e outros. Tal definição mais moderna veio com a Convenção para supressão do tráfico de pessoas e da exploração da prostituição de outrem. Ela teve como finalidade inibir a prática de tráfico de pessoas com a finalidade de prostituição.

O tráfico humano de uma forma geral não é o objetivo em si, mas vai além, a exploração conforme a capacidade da vítima é o objetivo. Seja ele sexual ou em serviços laborais.

O grande problema que nos deparamos é com efetividade internacional da Convenção, isso por que, igualmente a toda a legislação internacional, não possui penas e tampouco sanções. Deixando a cargo exclusivamente dos Estados partes. O Crime Organizado se faz presente nesta falta de punição, circulando em vários países com práticas criminosas dessa natureza.

O que de fato existe é a possibilidade dos Estados partes, evitarem a entrada de pessoas notadamente envolvidas em práticas criminosas dessa natureza, conforme expressa previsão do art. 11, número 5, no protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças.

*Artigo 11.º Medidas nas fronteiras*

*5. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de tomar medidas que permitam, de acordo com o seu direito interno, recusar a entrada ou anular os vistos de pessoas envolvidas na prática de infrações estabelecidas em conformidade com o presente Protocolo.*

Na mesma linha, buscando o fortalecimento ao combate ao tráfico de pessoas, houve uma iniciativa dentro dos acordos regionais, visando assim melhorar tal mecanismo. A crítica feita, diz respeito a falta de eficácia destas disposições, que as vezes podem até parecer antiquadas.

Portanto, diante de um quadro grave, onde não houve de forma mais contundente uma queda nesta forma de criminalidade, surgiu uma pressão para a implementação da legislação internacional por parte dos países signatários que não haviam implementado internamente legislações específicas que tratassem do tráfico de pessoas. Portanto, em 2010 houve uma reforma das leis em 116 países, visando assim uma implementação da legislação internacional no ordenamento interno de cada um deles, estes dados constam no guia do ILO<sup>10</sup>.

Em outra frente, há uma atividade criminosa explorada pelas organizações que se trata do contrabando de pessoas, uma atividade muito semelhante ao tráfico, mas com outros propósitos. Este visa exclusivamente que pessoas sejam levadas de um país para outros, superando o controle de fronteira.

Nas palavras de Neil Boister<sup>11</sup>: *“Unlike trafficking, the primary motivation of the smugglers is not the exploitation of those smuggled but payment – usually part in advance and part in arrival – for their services”*.

Para fazer face a crescente atividade de atravessadores que contribuem para a entrada ilegal de migrantes, foi criado no seio da Nações Unidas o protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, relativo ao combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marinha e aérea.

É importante ressaltar que o presente protocolo adicional se aplica ao crime organizado voltada para a exploração da atividade ilícita que visa o transporte de pessoas clandestinamente de um país

---

<sup>10</sup> ILO, Human Trafficking and forced labour exploitation: guidance for legislation and law enforcement (geneva: ILO, 2005), pág. 10.

<sup>11</sup> Neil Boister, An Introduction to transnational criminal law, Oxford University Press 2012.(pág.46).

para outro, sem o devido controle de fronteiras. Nesse sentido é o que podemos extrair do art. 4, onde se estabelece o âmbito de aplicação.

#### *Artigo 4*

##### *Âmbito de aplicação*

*O presente Protocolo aplicar-se-á, salvo disposição em contrário, à prevenção, investigação e repressão das infrações estabelecidas em conformidade com o Artigo 6 do presente Protocolo, quando essas infrações forem de natureza transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado, bem como à proteção dos direitos das pessoas que foram objeto dessas infrações.*

Enquanto o tráfico humano se consuma dentro do Estado receptor, o tráfico de imigrantes é um crime transnacional por natureza, pois há a necessidade de transpor fronteiras sem a devida autorização e controle de fronteiras do Estado receptor. É importante frisar que os imigrantes não devem ser responsabilizados unicamente por estarem na condição de imigrante ilegal, isso fica bem claro na leitura do art. 5. Nele vemos a ausência de responsabilidade por parte daqueles que são imigrantes ilegais.

Um ponto importante a ser ressaltado e não pode deixar de ser frisado, é a linha tênue que diferencia o tráfico humano do tráfico de imigrantes. Conforme já dito anteriormente eles possuem diferença, já que o tráfico humano visa a exploração no local onde o imigrante irá permanecer, ao passo que o tráfico de imigrantes não há inicialmente a intenção de exploração. Ainda há a questão do consentimento, sendo exigido no tráfico de imigrantes.

Vemos assim, que essa forma de criminalidade continua trazendo sofrimento para as pessoas que pretendem desfrutar de uma vida melhor em países desenvolvidos, mas, por outro lado alimentam uma rede criminosa que atuam explorando ou até mesmo lucrando com o transporte ilegal. Fica assim, bastante claro que o crime organizado é um problema cada vez mais global, e isso demanda uma ação positiva mediante a política estatal correta para o seu enfrentamento.

### **1.5 – Crime organizado e o tráfico de drogas.**

Após a análise da legislação que aborda o tráfico de imigrantes e de pessoas, vamos analisar mais uma modalidade de atuação do crime organizado e até mais conhecida que seria o tráfico de drogas.

No século passado e inclusive no atual, o crime organizado esteve intrinsecamente relacionado com o tráfico de drogas, sendo os mais famosos casos os carteis colombianos que em uma mescla de violência e poder aterrorizaram um país inteiro.

Em 2010 a ONU<sup>12</sup> estimou o número de consumidores de droga entre 155 e 250 milhões de pessoas, um número muito alto e estarrecedor. Essa cifra estaria ligada a vários tipos de drogas, sejam elas produzidas nacionalmente ou importadas, ou ainda sintéticas ou naturais. O que se pode vislumbrar com esse dado é que o número de usuários é realmente muito alto e o tráfico de drogas não é um crime solitário, que muita das vezes traz consigo inúmeros outros crimes, como homicídios, roubo, lavagem de dinheiro, corrupção. Essa é a grande ameaça a segurança pública, mormente nos países que são produtores ou até mesmo, que avizinham esses países produtores de entorpecentes.

Diante de vários problemas ocasionados, surgiram muitas iniciativas internacionais para legislar e controlar a produção e comércio de substâncias, que de alguma forma, poderiam ser utilizadas para atividades ilícitas. Os principais instrumentos legais podem ser enumerados inicialmente pela Convenção única sobre entorpecentes de 1961, há ainda Convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1971 e por fim a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988.

Nessa situação a legislação internacional serve apenas como base e referência, para assim ser moldada uma legislação doméstica dos países signatários. Isso significa, conforme já mencionamos em outros momentos, que a conduta ilícita ou até mesmo os crimes cometidos, são de inteira responsabilidade dos Estados partes e não propriamente uma formulação da legislação internacional.

Essa afirmação feita acima fica evidente quando mencionados o art. 22 (5) da Convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1971, cujo texto assim descrevemos abaixo:

#### *ARTIGO 22*

##### *Disposições Penais*

---

<sup>12</sup> UNODC, UN World Drug Report 2010 (Vienna, 2010, UN sales No E.10.XI.13), pág. 123.



*5. Nada do disposto neste artigo afetará o princípio de que os delitos aqui mencionados serão definidos, processados e punidos em conformidade com o direito interno da parte.*

Apesar dos dispositivos mencionados, o grande objetivo das Convenções de uma forma geral, foi o controle das substâncias consideradas causadoras de dependência psíquica. Esse foi o intuito em classificar as substâncias dessa natureza. Para essa finalidade foram elaborados os catálogos de drogas. Atualmente, as legislações nacionais, adotam sistema semelhante, para assim estabelecer diferente níveis de controle de substâncias.

Avançando, podemos dizer que as disposições penais das Convenções foram elaboradas para fazer frente a toda cadeia produtiva de narcóticos. Desde o momento em que se extrai a matéria prima, até o momento do consumo final pelo usuário. Por essa razão, há muitas figuras típicas consideradas atualmente como tráfico de drogas. Essa inspiração vem justamente do art. 36 n.1 da Convenção única de 1961, nesses termos:

#### *ARTIGO 36*

##### *Disposições Penais*

*Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade (grifo nosso).*

Importante ressaltar ainda que a punição para a atividade de tráfico de drogas e outras figuras previstas nas Convenções, forcem os Estados partes a tomarem atitudes que visam propiciar uma punição mais severa, isto é, devem estar voltadas ou para privação da liberdade ou penas mais graves.

Não obstante essa previsão, não podemos nos olvidar que a Convenção permite que se use uma série de formas de agravamento da pena, situação que faz diferenciar o pequeno traficante de grandes exploradores do tráfico de drogas. Assim, aquele envolvido em uma organização criminosa terá a pena agravada, caso seja comprovada essa situação. Além disso, pode o criminoso ocupar

cargos públicos, inclusive sendo policial, ou até mesmo explorar outras atividades ilegais. Isso deve ser levado em conta no momento da prolação da sentença por um juiz regularmente investido no cargo.

Alfim, vemos que as disposições internacionais tiveram como finalidade dois grandes objetivos, regular o controle de drogas lícitas e a repressão e combate ao tráfico de drogas e de substâncias proibidas. Na experiência atual vemos que a prática não está dando certo, o que inclusive trouxe um movimento reformista na ONU. No entanto, outras práticas tendem ao menos evitar que o consumo cresça a ponto de ser insustentável dentro de um Estado de Direito, o que de fato ocasionaria um caos social.

### **1.6 – Crime Organizado e os delitos de corrupção.**

Após essa abordagem do crime organizado, dentro da exploração do tráfico de drogas, é possível prosseguir e analisar outro diploma legal internacional que tem como finalidade o combate ao crime organizado na vertente mais complicada, que seria a atividade criminosa desenvolvida dentro do próprio Estado.

Para essa finalidade a existe a Convenção das Nações Unidas visando o combate a corrupção, conhecida também como Convenção de Mérida de 2003. Esta Convenção teve como finalidade primeiramente, como era de se esperar, fortalecer os meios de combate a corrupção, também podemos vislumbrar o fortalecimento nos meios de cooperação internacional assim como na recuperação de ativos. Assim, também houve uma definição principiológica, isto é, a defesa de princípios dentro da Administração Pública, como por exemplo a prestação de contas e a gestão eficiente dos bens públicos.

Convém ainda ressaltar, que essa Convenção da ONU, é a primeira manifestação de uma legislação internacional, que reconhece a possibilidade de utilização de um colaborador com meio de obtenção de prova, assim sendo, uma prática admitida e fomentada pela Organização das Nações Unidas.

Esta Convenção teve como função primordial, estabelecer uma ampla gama de condutas a serem criminalizadas pelos Estados partes, o que incluiu tanto atividades no setor privado como também no setor público.

Como é de conhecimento, a corrupção tem um efeito nefasto na economia, pois encarece todos os meios de produção e acaba evitando assim investimentos no país onde a corrupção está sistemicamente inserida. Vemos como exemplo o Brasil, que ainda se recupera da crise econômica ocasionada principalmente pela falta de investimento, ocasionado em grande parte pela corrupção sistêmica.

Nas palavras de Neil Boister<sup>13</sup>: *“Corruption deters and undermines trade, investment, and aid, dilutes growth, taxes economic activity, and reduces funding for public services”*.

Esses efeitos nefastos ficam bastante claros na simples leitura do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção *“(…) convencidos que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessário a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela(…)”*.

E de fato a corrupção não é algo restrito a prática de alguns países, mas é algo bastante difundido e praticado. Normalmente ela é praticada em países em desenvolvimento, e quando tratamos da transnacionalidade, estamos nos referindo a empresas com sede no exterior, que para vencer licitações e contratos com países em desenvolvimento, utilizam-se dessa prática para ter maior êxito.

Uma iniciativa tomada, principalmente em razão das altas taxas de corrupção no continente Americano, foi a criação da Convenção Interamericana contra a corrupção. Uma iniciativa regional, visando assim o melhor combate a corrupção no continente.

A parte de criminalização de condutas da Convenção vem prevista no art. 6 ao 8, a seguir descritos:

#### *Artigo VI*

##### *Atos de corrupção*

*1. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:*

*a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens*

---

<sup>13</sup> Neil Boister, *An Introduction to transnational criminal law*, Oxford University Press 2012.(pág.89).

*para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*

*b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas 01 vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*

*c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerci funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de sua; funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou pari um terceiro;*

*d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e*

*e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertado! ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.*

*2. Esta Convenção também é aplicável por acordo mútuo entre dois ou mais Estados Partes com referência a quaisquer outros atos de corrupção que a própria Convenção não defina.*

## *Artigo VII*

### *Legislação interna*

*Os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tipificar como delitos em seu direito interne os atos de corrupção descritos no artigo VI, parágrafo 1, e para facilitar a cooperação entre eles nos termos desta Convenção.*

## *Artigo VIII*

### *Suborno transnacional*

*Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta 01 indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, come dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca*

*da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial.*

*Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de suborno transnacional, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção.*

*O Estado Parte que não tenha tipificado o suborno transnacional prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.*

Essas condutas descritas acima, não valem por si só, em verdade devem ser observadas no momento da formulação das legislações internas de cada país membro. Outra iniciativa em acordos regionais, foram tomadas visando somar esforços contra a corrupção. Podemos assim elencar as recomendações da OCDE contra o suborno em negócios internacionais de 1994 e ainda a Convenção da UE contra a corrupção em que há envolvimento das comunidades europeias ou oficiais membros da União Europeia.

Uma questão interessante diz respeito ao enriquecimento ilícito, em alguns países o aumento injustificável de patrimônio constitui por si só crime. Esta previsão vem justamente para incongruência entre o patrimônio declarado e o existente. Em Portugal, no caso de existência de indícios de que houve participação em alguns crimes previstos no rol da lei n. 5 de 2002, nasce a possibilidade das forças legais utilizarem o arresto preventivo do patrimônio do investigado que não possui qualquer fonte lícita. Este patrimônio permanece sob tutela judicial, até que seja decretada a perda definitiva.

O arresto preventivo tem expressa previsão na lei portuguesa 5 de 2002, assim descrevemos:

#### *Artigo 10.º*

##### *Arresto*

*1 - Para garantia do pagamento do valor determinado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º, é decretado o arresto de bens do arguido.*

*2 - A todo o tempo, logo que apurado o montante da incongruência, se necessário ainda antes da própria liquidação, quando se verifique cumulativamente a existência de fundado receio de diminuição de garantias patrimoniais e fortes indícios da prática do crime, o Ministério Público pode requerer o arresto de bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem de atividade criminosa.*

*3 - O arresto é decretado pelo juiz, independentemente da verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 do artigo 227.º do Código de Processo Penal, se existirem fortes indícios da prática do crime.*

*4 - Em tudo o que não contrariar o disposto na presente lei é aplicável ao arresto o regime do arresto preventivo previsto no Código de Processo Penal.*

Neste cenário podemos vislumbrar que o ônus da prova se transfere totalmente para aquele que é acusado no processo criminal de enriquecimento ilícito, decorrente de alguma atividade criminosa. As atividades estão elencadas em um rol previsto na lei portuguesa citada acima, conforme exposto abaixo:

#### *Artigo 1.º*

##### *Âmbito de aplicação*

*1 - A presente lei estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativa aos crimes de:*

- a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro;*
- b) Terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo;*
- c) Tráfico de armas;*
- d) Tráfico de influência;*
- e) Recebimento indevido de vantagem;*
- f) Corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva;*
- g) Peculato;*
- h) Participação económica em negócio;*
- i) Branqueamento de capitais;*
- j) Associação criminosa;*
- l) Pornografia infantil e lenocínio de menores;*

*m) Dano relativo a programas ou outros dados informáticos e a sabotagem informática, nos termos dos artigos 4.º e 5.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e ainda o acesso ilegítimo a sistema informático, se tiver produzido um dos resultados previstos no n.º 4 do artigo 6.º daquela lei, for realizado com recurso a um dos instrumentos referidos ou integrar uma das condutas tipificadas no n.º 2 do mesmo artigo;*

*n) Tráfico de pessoas;*

*o) Contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda;*

*p) Lenocínio;*

*q) Contrabando;*

*r) Tráfico e viciação de veículos furtados.*

*2 - O disposto na presente lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas p) a r) do número anterior se o crime for praticado de forma organizada.*

*3 - O disposto nos capítulos ii e iii é ainda aplicável aos demais crimes referidos no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro.*

*4 - O disposto na secção ii do capítulo iv é ainda aplicável aos crimes previstos na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, quando não abrangidos pela alínea m) do n.º 1 do presente artigo.*

Não podemos nos esquecer do setor privado, vendo mais atentamente o art. 21 da Convenção, vislumbramos uma disposição que visa combater a corrupção nesta área. Este artigo é complementado com o art. 22, que considera o desfalque como forma criminosa, devendo assim ser considerado pelos Estados signatários.

Vendo isso, percebemos que cabe a cada Estado parte, com responsabilidade, deve estabelecer a pena a ser aplicada para cada tipo penal, que diz respeito a esta Convenção. Mesmo diante de um emaranhado de normas, os processos de corrupção que tramitam e chegam em uma eventual condenação são poucos.

Nas palavras de Neil Boister<sup>14</sup>: *“The building of a system of treaty obligations and the revision of domestic laws to meet those obligations does not alter the fact that globally the numbers of corruption prosecutions are low. There are few complaints, few investigations, and few prosecutions”*.

Dessa forma, podemos concluir que a iniciativa para implantação de um sistema ativo que vise o combate a corrupção depende de vários fatores, inclusive político, tendo em vista que a Administração Pública deve ser a primeira a fomentar por meio legislativo medidas que reprimam tal espécie de conduta. Ainda podemos falar das equipes de investigação, que devem ser bem pagas e treinadas para realizar essa tarefa. Não é um esforço isolado de somente um país que vai permitir o efetivo combate a corrupção, tanto na esfera interna, como na transnacional. Outros países devem adotar a mesma postura e somente assim, sendo considerado crime em vários países, que será possível um efetivo combate a essa prática.

Isso só corrobora o entendimento já sedimentado em vários países, que somente com a organização dos poderes públicos, e uma política de Estado correta é que podemos enfrentar de fato o crime organizado. Vemos o exemplo do Brasil, que por décadas sofreu e ainda sofre com uma corrupção sistêmica, e que somente com a lei de combate às organizações criminosas trouxe à tona um problema muito antigo e arraigado.

### **1.7 – Crime organizado e o branqueamento de capital.**

Uma consequência da corrupção, e iremos abordar, é a lavagem de dinheiro, ou branqueamento de capital. Essa prática decorre normalmente da prática criminosa e visa dar uma aparência legal ao recurso obtido diretamente da atividade criminosa. O surgimento do termo lavagem remonta às máfias Norte Americanas, que utilizavam as lavanderias de sua propriedade para misturar dinheiro de origem ilícita com os lucros obtidos da atividade de lavanderia.

Atualmente o processo de lavagem de dinheiro se divide basicamente em três fases:

1) posicionamento do recurso físico no sistema financeiro (art. 3(1)(b)(i) da Convenção sobre o narcotráfico de 1988); 2) estratificação de recurso, ou pulverização em transações complexas art. 3

---

<sup>14</sup> Neil Boister, *An Introduction to transnational criminal law*, Oxford University Press 2012.(pág.98).



(1) (b) (ii); 3) por último, integração, prevista no art. 3 (1) (c) (i) a junção da quantia em um valor só ou até mesmo na aquisição de um ativo legítimo, como por exemplo um apartamento.

Atualmente o crime organizado, busca a lavagem de dinheiro de diversas formas, um exemplo no Brasil seriam as inúmeras contas poupança que o primeiro comando da capital PCC movimentava para assim lavar o dinheiro. Essas transações só eram possíveis, pois familiares dos membros desta organização criminosa, cediam seus documentos para abertura de inúmeras contas. Dessa forma, efetuavam depósitos em um valor que não chamava a atenção das autoridades, e conseguiam movimentar pequenas quantias em milhares de contas, que juntas somavam milhões.

Muitos são os efeitos nefastos que a lavagem de dinheiro pode ocasionar, em uma brilhante síntese, Vito Tanzi<sup>15</sup> assim descreve: *“These harmful consequences range from re-financing of crime, the penetration of the illicit economy, and the corruption of government, to the destabilization of the international financial system because of the rapid and unpredictable movement of enormous profits through that system”*.

O embrião para a criminalização da lavagem de dinheiro teve como raiz os Estados Unidos, que desde os tempos iniciais da máfia criminalizaram e separaram as condutas tanto da prática criminosa principal, como da lavagem de dinheiro, as tornando condutas autônomas.

A evolução do sistema permitiu, de uma forma mais ampla, os primeiros passos mais audaciosos no enfrentamento a lavagem de dinheiro. Nesse sentido, foi formulado a partir da Convenção de 1988 que visa o enfrentamento ao narcotráfico, dispositivos atinentes a lavagem de dinheiro. Nesta Convenção, é possível visualizar de uma forma sólida duas características principais que visam o combate a lavagem de dinheiro: 1) a sua natureza auxiliar a atividade principal; 2) e sua conduta autônoma em relação a principal.

As condutas auxiliares estão previstas diretamente no art. 3 (1), b e c e foram embrionárias na época para a evolução do combate a lavagem de dinheiro como algo muito mais amplo, isto é, que se estendesse para os demais crimes e não somente para o tráfico de drogas.

Esta foi inclusive a orientação adotada por diversos países, que incluem o Brasil, abandonando a lista de crimes graves que derivem da lavagem de dinheiro, para assim considerar qualquer atividade criminosa como crime anterior. A instituição global que combate a lavagem de dinheiro, FATF,

---

<sup>15</sup> Vito Tanzi: Money laundering and the international financial system, IMF working paper no 96/55 (Washington: IMF, 1996), pág. 06 e 07.

recomendou uma ampla extensão dos crimes anteriores, para assim abarcar uma ampla gama de condutas que ocasionariam a lavagem de dinheiro.

Nesse sentido foi implementado dentro da Convenção de Palermo a previsão da lavagem de dinheiro como atividade criminosa explorada pelo crime organizado. Mas, mesmo diante dessa previsão, algumas balizas devem ser respeitadas, principalmente em razão de que nem toda atividade deve ser vista como criminalidade organizada que deve ser combatida a altura.

Portanto, nesse sentido, foi criada a baliza dentro desta Convenção, que considera atividade criminosa organizada aquela que ao menos, estabeleça a criminalidade mais séria, cuja pena seja igual ou superior a 4 anos. Na Europa, conforme as diretivas adotadas, chegou-se a conclusão que a criminalização da lavagem de dinheiro deveria levar em consideração a pena máximo ou maior que 1 ano de detenção.

Em Portugal se adotou uma lista mista, onde há crime menos graves com penas mais leves e a serem consideradas como crimes anteriores, conforme a previsão do art. 368<sup>a</sup> do CP em Portugal. Ao passo que no Brasil, o critério de lista para o crime anterior foi abandonado, assim como também a estipulação de pena mínima a ser considerado como crime anterior para fins de consideração de lavagem de dinheiro.

A lei brasileira 9.613/98, não utilizou nenhum dos critérios, apenas criminalizou a prática da lavagem em sua essência. Assim não levou em consideração o máximo da pena, ou até mesmo a consideração de um rol de crimes. Isto na verdade era feito no passado, acontece que no Brasil, mesmo a criminalidade não tida como violenta ou mais perigosa estava lavando dinheiro, e isso de fato fugia da alçada das autoridades em razão do crime anterior ou não estar no rol de crimes estabelecidos, ou em outro momento, não ter a pena mínima considerada para tal tipo de criminalidade.

Visto o exposto, ao fazer uma ampla análise da legislação internacional mais importante para esta tese, percebemos que o combate ao crime organizado é uma luta sem fim e com novos atores, pois a atividade criminosa e o crime organizado atualmente são vistos como transnacionais e devem ser combatidos a altura e que sua ampla gama de outras criminalidades se desenvolvem em uma velocidade que as autoridades com a nobre missão de combatê-los estarão sempre atrás.

No entanto, percebemos que a iniciativa internacional é de grande valia para a implementação da legislação de combate à criminalidade mais problemática de uma forma mais eficaz. Pois somente com a formulação, adesão e implementação no âmbito interno é que podemos assim, criar um sistema eficaz no combate à criminalidade mais séria. Esta iniciativa deve ser amplamente aderida por todos os Estados, pois dessa forma, não haverá um local seguro, para a criminalidade se refugiar e teremos uma rede segura para o enfrentamento das mais variadas formas de criminalidade.

Assim, percebemos que a iniciativa internacional é importante, porém é apenas útil em dar um norte, uma orientação nas políticas públicas de segurança e combate as organizações criminosas. A maior parte da iniciativa deve partir dos Estados, inicialmente por via legislativa e após isso, uma implementação estruturada, para enfrentar com propriedade o problema das organizações criminosas.

## **Capítulo II- O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E EM PORTUGAL EM FATOS E NÚMEROS.**

### **2.1 – O crime organizado no Brasil**

O crime organizado, sempre foi alvo de bastante estudo no âmbito de vários países, e sua manifestação sempre teve como estopim algum evento histórico que permitiu a exploração econômica de alguma atividade ilícita.

Partindo dessa premissa, podemos assim abordar primeiramente o caso da máfia brasileira, ou mais comumente conhecidas como facções criminosas, nome este amplamente divulgado pela mídia brasileira.

A maior e mais famosa organização criminosa brasileira chama-se PCC, essa sigla tem como significado o primeiro comando da capital. Suas origens remontam o início da década de 90, mais precisamente na penitenciária de Tremembé em São Paulo em 1993. Lá, submetidos ao regime disciplinar diferenciado, algo em torno de 8 presidiários que tinham como finalidade resistir aos rigores do presídio, uniram-se para criar esta organização criminosa.

Em 2006, a organização criminosa tinha crescido a ponto de fazer frente inclusive ao próprio poder estatal, dessa forma em obediência as ordens emanadas do comando da organização criminosa nos

presídios, membros da organização ocasionaram uma série de ataques generalizados a instituições públicas, policiais, incêndios a ônibus (autocarros).

O prejuízo a época era imensurável devido a proporção do ataque realizado, por essa razão, o primeiro comando da capital, passou a ser visto e temido também. Ao passar dos anos, muitos estudiosos que se apegam os estudos de grupos criminosos, passaram a estudá-lo. As características, antes apenas restritas ao ambiente doméstico brasileiro, ganharam maiores proporções.

Nas palavras de Marcos Ferreira<sup>16</sup> *“Specifically in case of primeiro comando da capital (first capital command – PCC) we are referring to a VNSA<sup>17</sup> with two additional distinctive features. First in analyzing the operation of PCC, it is evident that it is a non-state group that operates not only domestically but has branches in several Southern American countries”*.

E assim continua definindo o PCC como sendo<sup>18</sup> : *“can be defined as a transnational violent non-state group. It operates transnationally, uses violence (direct, structural, and cultural) to keep and expand its criminal activities, and has the same features as an armed non-state actor.”*

O PCC atua em sua área de expansão na América Latina, associando-se com grupos organizados em outros países, mormente aqueles considerados produtores de entorpecentes. Toda essa aliança continental tem exclusivamente objetivo de alcançar mediante o tráfico internacional, os mercados consumidores da Europa e Estados Unidos. Para que tal objetivo seja alcançado, a África é utilizada como primeira parada, lá a droga é acondicionada e direcionada para a Europa.

Muitos são os questionamentos com relação a esse grupo organizado, umas indagações feitas, remetem a um questionamento interessante, que seria, como um grupo criminoso, formado basicamente por presidiários, tornou-se uma das maiores organizações criminosas da América Latina.

Muito se atribui o seu franco crescimento primeiramente ao estabelecimento da estrutura da organização, onde se solidificou mormente em razão de não ter apenas um líder, mas vários líderes. Outro ponto importante a ser citado, e foi de fundamental importância, diz respeito a relação de “Marcola” fundador do PCC com Narambuena, outro preso que lhe ensinou táticas de guerrilha

<sup>16</sup> Marcos Ferreira, Trends in Organized Crime (2019) 22:148-165.

<sup>17</sup> Violent Non-state Actors.

<sup>18</sup> Marcos Ferreira, Trends in Organized Crime (2019) 22:148-165.

no contexto de treinamento que lhe foi submetido quando teve contato com as FARCS na Colômbia.

Mas nesse caso, esses fatores não seriam tão relevantes quanto a falta de políticas públicas voltadas para combater esse tipo de criminalidade. De fato, o Governo Brasileiro e as instituições incumbidas de combate a criminalidade organizada, fecharam os olhos para o crescimento em larga escala deste grupo criminoso. E pior, propiciaram mediante a falta de investimento no sistema prisional, um ambiente perfeito para que houvesse a tomada do controle por parte da organização criminosa e o recrutamento de mais e mais membros mediante a imposição da força e da violência.

Após a consolidação de sua força e poder na cidade de São Paulo, o grupo criminoso passou a investir em outros estados do Brasil e inclusive se associou a outros grupos criminosos de outros países. Para sua melhor organização, formou-se células fora de São Paulo, sem qualquer conexão com as atividades na cidade paulista, mas sob seu controle. Essa investida, segundo Marcos Ferreira<sup>19</sup>: *“The groups operation outside São Paulo state consists of the formation of criminal cells under other names which are nevertheless under the leadership of São Paulo group. There are two kinds of connections: association with local criminals, with Exchange of personnel, arms and drugs; and legal and financial support to relatives of detainees through a monthly payment and a commitment of loyalty to the group when the individual is released from prison”*.

Atualmente a América do Sul passa por um grande problema de segurança, tendo em vista que as rotas do tráfico de drogas são extremamente lucrativas e que há dois grandes grupos criminosos (Comando Vermelho e PCC) em disputa pelos mesmos. Somando a isso, temos a desmilitarização das FARCS e o aproveitamento de dissidentes nas organizações criminosas brasileiras, visando assim ter treinamento militar e técnicas de guerrilha no grupo criminoso, para assim aprimorar essa batalha das drogas.

Em razão da grande problemática exposta, o Governo Brasileiro, por meio de Ministério da Justiça, vem implementando ações, para assim evitar que a logística da droga, que é produzido na Bolívia, Peru e Colômbia, chegue aos portos brasileiros rumo a Europa. Essas ações vêm encontrando grande êxito, tendo em vista o volume de apreensões de entorpecentes nas estradas brasileiras.

---

<sup>19</sup> Marcos Ferreira, Trends in Organized Crime (2019) 22:148-165.

Contudo, muito há que ser feito, ao menos para enfraquecer as organizações criminosas, mormente o PCC.

## **2.2 – O crime organizado em Portugal.**

Em Portugal como em toda a Europa não seria diferente o tratamento do crime organizado no seio interno, visto que as organizações criminosas estão espalhadas por todo o mundo, e conectadas sempre visando a expansão das atividades e dos lucros.

Algumas formas de criminalidade ganham um contorno maior, principalmente em razão de possuírem uma estreita relação com o crime organizado. Dessa forma, podemos relacionar três formas de criminalidade mais comuns em Portugal, dando destaque para a corrupção, tráfico de drogas e o tráfico de seres humanos.

Iniciando, faremos uma análise da legislação nacional que visa o combate a corrupção. Em Portugal tal forma de criminalidade está prevista no art. 372 a 374 A do CP.

### *Artigo 372.º*

#### *Recebimento indevido de vantagem*

*1 - O funcionário que, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.*

*2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.*

*3 - Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.*

### *Artigo 373.º*

#### *Corrupção passiva*

*1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um*

*qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

*2 - Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

#### *Artigo 374.º*

##### *Corrupção activa*

*1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

*2 - Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.*

*3 - A tentativa é punível.*

#### *Artigo 374.º-A*

##### *Agravação*

*1 - Se a vantagem referida nos artigos 372.º a 374.º for de valor elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um quarto nos seus limites mínimo e máximo.*

*2 - Se a vantagem referida nos artigos 372.º a 374.º for de valor consideravelmente elevado, o agente é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo.*

*3 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, é correspondentemente aplicável o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 202.º*

*4 - Sem prejuízo do disposto no artigo 11.º, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º é punido com a pena aplicável ao crime respectivo agravada em um terço nos seus limites mínimo e máximo.*

Além dessa previsão supracitada em âmbito interno, temos a Convenção da Onu, já citada anteriormente no início desse trabalho, cuja finalidade estava voltada mormente para garantir o

combate a corrupção, ou ao menos, estabelecer diretrizes básicas para que os países signatários, de uma forma geral, no ambiente de sua soberania implementem tal legislação.

Superada essa análise trataremos da corrupção em números em Portugal, conforme estatísticas apresentadas pelo Poder Judiciário, em uma análise dos anos de 2016, 2017 e 2018, o crime de corrupção vem caindo em Portugal.

Para se ter uma noção, conforme dados da Justiça<sup>20</sup>, foram feitos levantamentos nos anos de 2016, 2017 e 2018. Desses dados, foi constatado respectivamente 69, 84 e 71 notificações a polícia sobre ocorrências de crimes. E destas notificações, foram considerados arguidos respectivamente 88, 171 e 111 pessoas. Assim, foram a julgamento e considerados culpados um total de 55, 112 e 73.

Percebe-se claramente com esses dados que nem toda notícia de crime levada até a polícia se torna de fato uma investigação, assim como nem todos que são alvos de uma investigação, no final do processo criminal são condenados a um tipo de pena.

Outro fato que podemos perceber é se realmente estamos indo fundo nas investigações, no sentido de atingir o maior número de arguidos e condenados. Isso se explica, principalmente em razão do crime de corrupção ser um crime realmente difícil de ser investigado, mormente por envolver em sua grande parte agentes políticos com um grau de influência e blindagem legal, que impede um maior êxito na persecução penal.

Outra forma de criminalidade a ser analisada é o branqueamento de capitais, crime este comum no mundo inteiro, por ser uma forma de dar roupagem legal a um recurso financeiro obtido diretamente da uma atividade ilícita.

Em Portugal, da mesma forma que fizemos com a corrupção, podemos traduzir em números o quantitativo de casos enfrentados pelas polícias no que versa sobre o branqueamento de capitais. Segundo dados estatísticos do Judiciário<sup>21</sup> dos anos de 2016, 2017 e 2018 este crime apresenta uma tendência ascendente em Portugal. Isso se evidencia em números respectivamente, nos crimes registrados na polícia, ou seja, 18, 25 e 31. Já a constituição de arguidos sofreu a mesma tendência, 76, passou para 119 e aumentou para 144.

---

<sup>20</sup> <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Corrupcao.aspx>, acessado em 13 de novembro de 2019.

<sup>21</sup> [https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Branqueamento\\_capitais.aspx](https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Branqueamento_capitais.aspx), acessado em 13 de novembro de 2019.



Por fim, em relação aos condenados, houve da mesma forma um aumento, de 28 passando para 63 e posteriormente aumentando para 70. Desses dados podemos inferir algumas conclusões, qual seja, a lavagem de dinheiro é um crime crescente em Portugal. Geralmente este crime está relacionado ao crime organizado, e, portanto, a atividade criminosa do crime organizado está crescendo em Portugal.

Outro ponto a ser frisado, estaria voltado para os crimes anteriores, ou seja, a atividade criminosa que pode estar sendo praticada em Portugal, pode ser crescente, assim como tais crimes podem ter sido praticados fora do território Português e assim, apenas utilizar o país para a prática do branqueamento de capital.

Não menos importante seria o crime de tráfico de drogas em Portugal, dados estes que não estão publicamente divulgados no portal da DGPJ, mas dependem de solicitação ao órgão gestor. Ao se analisar, percebemos que o tráfico de drogas, considerando as ocorrências policiais, tiveram um aumento, haja vista que no ano de 2016 o total de crimes registrados tiveram 7.255,00 ocorrências, ao passo que no ano seguinte, 2017, o número de ocorrências totalizou 8.215,00 e por fim no ano de 2018 foi totalizado o número de 8.466,00 ocorrências.

De fato, os números de ocorrências policiais registradas não correspondem com o total de processos judicializados, ou seja, um valor bem menor. Dessa forma, analisando os dados disponibilizados, e analisando os dados dos arguidos, inicialmente no ano de 2016, o número de arguidos totalizavam 4.704,00 e o número de condenados somaram 4.001,00. Já no ano de 2017 o número de arguidos totalizou em 4.950,00 e o número de condenados foi de 4.133,00. Por fim, no ano de 2018, o número de arguidos nos processos de tráfico de drogas somou 4.586,00 e o número de condenados foi de exatamente 3.867,00.

O que podemos analisar a partir dos dados apresentados é que houve um aumento substancial no número de ocorrências policiais registradas, o que de fato refletiu no número de arguidos. Mas o que interessa é justamente o número de condenações, o que reflete a tendência crescente ou não de uma forma de criminalidade. Em Portugal, podemos levar em consideração que a criminalidade aqui apresentada, está em uma onda crescente, haja vista que houve aumento no número de ocorrências policiais, bem como do número de arguidos e o número de condenações, apenas divergindo pontualmente em 2018 com o decréscimo de condenações no crime de tráfico de drogas.

Por fim, ao se fazer uma análise da criminalidade entre os dois países, Brasil e Portugal, percebemos que no Brasil há de certa forma uma grande criminalidade organizada, o que não encontra de fato, nada semelhante em Portugal. Talvez isso se explique em razão dos países que fazem fronteira com o Brasil, grandes produtores de entorpecentes, o que de fato impulsiona o crime organizado, utilizando o Brasil como um grande Hub para o envio de drogas para o grande mercado consumidor (Europa e Estados Unidos).

Um fator que não pode passar despercebido é aquele relacionado ao aumento da criminalidade de massa no Brasil, impulsionado nos últimos anos justamente pela criminalidade organizada, já que é esse um de seus efeitos nefastos.

Outro ponto importante no Brasil e não pode deixar de ser considerado, é a falta de controle dos presídios e a ausência de efetividade da lei penal, principalmente em razão do julgamento pela Suprema Corte Brasileira<sup>22</sup> de duas ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, onde se assentou o entendimento de que no Brasil somente se admitirá prisão para cumprimento de pena de condenados em processos judiciais criminais, após o esgotamento de todos os recursos, o que em tese representa o julgamento em 4 cortes distintas para assim reconhecer o trânsito em julgado do processo e condenação final do arguido.

Com isso, vemos que a solução para o efetivo combate ao crime organizado depende de vários fatores, isto é, a efetivação da legislação penal, visando assim o seu aprimoramento constante, como também o efetivo controle do seu território, principalmente suas fronteiras e também o controle da população carcerária, com regimes mais duros de encarceramento para aqueles que de fato, fazem parte de algum tipo de organização criminosa.

Vimos que a não adoção dessas medidas, podem gerar efeitos nefastos, como ocorreu com a cidade de São Paulo no Brasil, quando ficou paralisada por ataques terroristas perpetrados por uma organização criminosa, que visava o efetivo controle dos presídios e uma política carcerária menos rigorosa.

Por outro lado, percebemos que em Portugal a criminalidade é baixa, mas possui uma tendência crescente, isso é alarmante e precisa ser levado em consideração pelas autoridades portuguesas, para que assim não se torne um problema de difícil solução como no caso brasileiro.

---

<sup>22</sup> <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>, acessado em 13 de novembro de 2019.

## **Capítulo III – MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.**

### **3.1 - Conceitos**

No primeiro capítulo vislumbramos a capacidade do Estado, no âmbito internacional, em elaborar medidas para que assim melhor estimule o enfrentamento ao crime organizado. Foi possível também verificar que essa medida não pode ser tomada de forma isolada, muito pelo contrário, deve ser uma iniciativa que envolvam vários países, em uma verdadeira união de esforços para esse fim.

Vemos que o crime organizado não é mais realidade em um país ou região, vai muito mais além das fronteiras de uma país para outro, em uma transação complexa e continental. Visando enfrentar essa problemática, percebemos que várias medidas foram tomadas em âmbito internacional, como citamos nesse primeiro capítulo.

Mas nada adiantaria a tomada de medidas em âmbito internacional, se nada fosse feito domesticamente, no seio dos países signatários. Assim percebemos que o grande objetivo das convenções internacionais que combatem o crime organizado transnacional, foi garantir a cooperação internacional, partindo da premissa de que cada país é soberano para elaborar suas políticas, mas um norte, ou seja, uma regra geral, estava ali apresentada e que poderia ser utilizada como modelo.

Dessa forma, no segundo capítulo, fizemos uma análise da conjectura e o cenário que nos apresenta. Pois é fundamental primeiramente identificarmos o problema, para que assim depois, possamos agir. Assim, temos que fazer um estudo com que realidade que enfrentamos, para que as medidas legais e as políticas públicas sejam tomadas.

Como é cediço, a investigação criminal é baseada no princípio da legalidade, e este serve de esteio para toda a atividade da persecução penal. Esse limite legal serve de freio para assim se evitar o jogo do vale tudo processual e por consequência, deixar em total desvantagem o arguido.

Sábias são as palavras de Benjamim Silva Rodrigues<sup>23</sup>: *“Em sede probatória vigora, de igual modo, o princípio da legalidade que se concretiza por um raciocínio de inversão lógica: <<são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei>> (artigo 125 CPP). Dito de outro modo, não são admissíveis as provas que forem proibidas por lei.”*

Após essa análise inicial, no que concerne ao dever de obediência ao princípio da legalidade e das regras processuais, avançamos no sentido de abordar os instrumentos mais valiosos que existem para a investigação criminal, que são os meios de obtenção de prova, essas formas existem basicamente para assim coletar dados importantes à investigação criminal e que servirão eventualmente como base para uma acusação.

Nela são coletadas as provas mais importantes, mas não são uma finalidade em si, isto é, são unicamente instrumentos ou ferramentas legais que são utilizadas para obter uma gama de provas. É importante fazer essa diferenciação, principalmente para distinguirmos os meios de prova dos meios de obtenção de prova.

A colaboração premiada faz parte desse instrumento conhecido como meio de obtenção de prova, e nesse sentido iremos abordar mais à frente. Contudo necessitamos tratar dos mais importantes, ou mais usuais, meios de obtenção de prova para assim chegarmos a uma conclusão relacionada ao todo dessa tese.

Os meios de obtenção de prova tanto no Brasil como em Portugal, em sua grande parte, encontram previsão no Código de Processo Penal. Essa previsão legal possui uma razão de ser, mormente por estarmos diante de dois Estados que se submetem a legislação, ou em outras palavras, em um Estado Democrático de Direito onde o Estado deve observá-lo não somente como limitador, mas com o dever de respeitá-lo.

Nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>24</sup>: *“O processo penal, como aliás, os restantes processos, de um Estado de Direito democrático, baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão, como o nosso, numa perspectiva jurídico-processual, visa a aplicação da lei penal aos casos concretos, procurando garantir que nenhum responsável passe sem punição (impunitum non relinqui facinus) nem nenhum inocente seja condenado (innocentum non condemnari)”*.

<sup>23</sup>Benjamin Silva Rodrigues. Da prova penal, tomo I. A prova científica: exames, análises ou perícias de ADN. Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas. Pág. 304.

<sup>24</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção.pág13.

Essa afirmação deixa um recado muito claro, ou seja, estamos diante de direitos fundamentais inegociáveis, que somente podem ser afastados de forma temporária, para que assim seja feita uma investigação criminal e somente por esse motivo, tendo em vista que a regra, é a garantia da dignidade da pessoa humana e por consequência os direitos fundamentais e dentre eles se destacando a intimidade.

Em outro momento Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>25</sup> afirmam que: *“Os direitos fundamentais estão aliás protegidos contra os abusos de todas as instituições do estado, nestas se incluindo os órgãos de soberania que, nos termos do art. 19 da CRP, não podem suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias”*.

Em Portugal, os meios de obtenção de prova estão estabelecidos no Código de Processo Penal português e servem basicamente para garantir meios legais para apreensão e análise de documentos que eventualmente podem ser tornar provas.

Nas palavras de Germano Marques da Silva<sup>26</sup>: *“Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”*

Finalmente, em breves palavras e sendo bem objetivo, os meios de obtenção de prova são em regra utilizados na fase do inquérito e com a finalidade de obter prova.

Os meios de obtenção de prova podem ser utilizados para se obter diversas provas, é bom ressaltar que cada meio de prova pode ser o próprio meio de obtenção de prova. No caso de uma interceptação telefônica ou escuta, termo este utilizado em Portugal, pode ser o meio para a prova e um fim com sua gravação.

### **3.2 - Meios de obtenção de prova no sistema jurídico português**

#### **3.2.1 – Exames**

O art. 171 do CPPP estabelece inicialmente os exames, que nada mais são do que as observações do local, em formato de relato, efetuado pela autoridade competente. Importante ressaltar que os

---

<sup>25</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção.pág.16

<sup>26</sup>Germano Marques da Silva. Curso de processo penal – volume II, 5º edição, pág. 280.

exames diferem das perícias, sendo a última, uma leitura qualificada do exame, isto é, uma leitura técnica.

Os exames podem ainda ser efetuados de forma cautelar, como ocorre nos casos do art. 249 do CPPP, onde se estabelece os atos cautelares para assim assegurar os meios de prova e ainda realizar exame de vestígios.

Nas palavras de Germano Marques da Silva<sup>27</sup>, quando aborda a perícia como meio de prova e exames como meio de obtenção de prova, cita que: *“Parece que a distinção assenta essencialmente em que a perícia é uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; os peritos tiram dos vestígios as ilações que eles consentem e são estas ilações, as conclusões periciais são os meios de prova”*.

Dessa forma, por meio do exame, os vestígios podem ter valoração direta por parte daquele encarregado por sua apreensão no local, não sendo necessário conhecimentos técnicos para que tal ato seja realizado.

Nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>28</sup>: *“exame é pois, um meio de obtenção de prova, através do qual se inspecionam e registam documentalmente todos os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido”*

### **3.2.2 – Revistas e buscas.**

Outro instrumento utilizado como meio de obtenção de prova são as revistas e buscas em geral. Tal medida está prevista no art. 174, n.º 1 e n.º2. A primeira estaria relacionada a uma revista em pessoa que há indícios de que oculta consigo objetos relacionados com o crime. Já no caso do número 2, estaríamos abordando a busca a ser realizada em um local onde não há pleno acesso ao público.

A revista, em uma abordagem conceitual, sob a ótica de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>29</sup>: *“(...) consiste em examinar ou inspecionar minuciosamente uma pessoa, a fim de se certificar se ela oculta*

<sup>27</sup> Germano Marques da Silva. Curso de processo penal – volume II, 5ª edição, pág. 283.

<sup>28</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção.pág.202

<sup>29</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção. Pág.206.

*ou não quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, v.g., armas ou outros objetos com os quais possa praticar actos de violência”.*

Elas podem ainda ser de duas espécies, ou seja, revistas relacionadas como meio de obtenção de prova, ou ainda revista preventiva ou de segurança pública. A primeira encontra previsão legal no art. 174 e 251, n1, al. a) do CPP e art. 53 do Decreto-Lei n. 15/93 (lei de combate à droga). Ao passo que a segunda forma de revista encontra previsão legal no art. 251, n1 al.b) do CPP e no art. 12 da lei 16/2004, de 11 de maio.

É de bom tom fazer distinção entre revistas e buscas, já que a primeira tem como alvo pessoas, ao passo que a segunda é realizada em lugares que não são acessíveis plenamente ao público. Outro ponto importante, diz respeito ao modo que a revista deve ser feita, ou seja, não poderá ofender o pudor das pessoas revistas.

Nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>30</sup>: *“pressuposto da busca não domiciliária é, também, a existência de indícios de que o arguido, qualquer outra pessoa que deve ser detida, ou objetos que se relacionem com um crime ou que possam servir de prova deste se encontrem em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, art. 174, n2. do CPP”.*

As buscas podem ser domiciliárias ou não domiciliárias dependendo da situação a ser investigada, se a busca é autorizada por despacho, este documento deve ser entregue a pessoa responsável pelo local onde será realizada a diligência. Neste caso, trata-se de busca não domiciliária, mas que depende de autorização judicial, despacho do juiz.

Segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>31</sup>, lecionando sobre busca não domiciliária, definem lugar reservado como sendo: *“lugar reservado ou não acessível ao público é todo aquele que, embora possa revelar factos da vida privada do arguido ou de qualquer outra pessoa que deve ser detida, não seja considerado domicílio destes, nomeadamente, garagens, barracões ou outras dependências para guarda de materiais de construção, alfaías agrícolas, ferramentas ou outros utensílios domésticos, veículos automóveis etc”.*

Já a busca domiciliária possui uns detalhes importantes que merecem maior destaque, a casa é asilo inviolável na grande maioria das cartas constitucionais de todo o mundo, e em Portugal não seria

<sup>30</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção.pág.212.

<sup>31</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção. Pág. 212

diferente. A Constituição da República portuguesa estabelece no art. 34 n.º 1 a inviolabilidade de domicílio por outro lado, no mesmo artigo, possibilita a entrada por meio de autorização judicial.

De uma forma geral, a busca domiciliária em Portugal, como regra somente pode ser efetuada durante o dia, contudo a própria lei admite exceções, para alguns tipos especiais de criminalidade, estabelecidas em um rol taxativamente restrito. Há ainda que se observar, dentre as formalidades, que a busca somente poderá ser realizada, das vinte uma horas as sete horas do outro dia.

As buscas como regra, devem ser autorizadas por ordem judicial, seja ela do Ministério Público, na fase do inquérito ou ainda do Juiz da instrução. Contudo, há previsão legal para que essas buscas se realizem sem autorização judicial. Estes termos estão expressamente previstos no art. 174, n.º 5 do CPP, in litteris:

*5 - Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos:*

- a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;*
- b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou*
- c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.*

*6 - Nos casos referidos na alínea a) do número anterior, a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação.*

Há ainda a previsão do art. 251, n.º 1, onde há um permissivo de ação para as polícias criminais, sem prévia anuência da autoridade judiciária, in litteris:

*1 - Para além dos casos previstos no n.º 5 do artigo 174.º, os órgãos de polícia criminal podem proceder, sem prévia autorização da autoridade judiciária:*

- a) À revista de suspeitos em caso de fuga iminente ou de detenção e a buscas no lugar em que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se;*



*b) À revista de pessoas que tenham de participar ou pretendam assistir a qualquer acto processual ou que, na qualidade de suspeitos, devam ser conduzidos a posto policial, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência.*

Vale salientar, logo depois de realizada a diligência, deve ser imediatamente comunicado a autoridade judicial a realização da diligência, nos casos previstos no art. 174, n. 5 alínea “a” e ainda em todos os casos previstos no art. 251 n1. Isso obviamente tem uma explicação, já que em regra esses atos devem ser autorizados por um juiz, nada mais justo, que em razão das circunstâncias, ele seja analisado de forma posterior.

Essa análise posterior é de fulcral importância, tendo em vista que sua não realização, poderá gerar nulidade. Há ainda que observar a quem deve ser feita essa análise, se ao juiz ou ao Ministério Público. Isto posto, caberá a autoridade, seja no inquérito ou ainda na instrução, caso seja realizado esse ato e posteriormente, caso necessário, tenha que ser validado por um magistrado.

Vale mencionar que todo esse processo de busca, caso seja realizada em período diurno ou noturno foi analisado pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>32</sup> e lá foi constatado a sua constitucionalidade, pois considerou que a inobservância do disposto no art. 177 n1, isto é, a falta de mandado para a busca domiciliária, configura-se nulidade relativa.

Há ainda o fato das buscas em locais especialmente controlados, ou seja, locais em que há uma maior atenção do legislador. Dessa forma, prevê o art. 34 n2 da CRP que a entrada no domicílio de qualquer cidadão deve ser precedida de uma ordem judicial, há ainda a limitação temporal com relação a busca, isto é, não pode ser feita em qualquer momento, devendo ser realizada durante o dia, podendo excepcionalmente ser realizado em período noturno. Mas com relação ao momento da busca, há uma certa relativização, tendo em vista que o art. 34 n.3 da CRP, abre espaço para a entrada em domicílio, durante o repouso noturno, no caso de flagrante, ou ainda com autorização judicial prévia, visando assim o combate a criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada.

Nas palavras de Giuseppe Guarneri<sup>33</sup>: “o direito ao respeito pela vida privada é o direito que uma pessoa tem de gerir a sua própria existência da forma que entender sendo garantido em “mínimo máximo” de ingerências

<sup>32</sup> Acórdão de 23 de Abril de 1992, in BMJ n 416 (1992), pp. 536, 540 e 541.

<sup>33</sup>Giuseppe Guarneri. In La protection de la Vie Privée Dans les Intruments Internationaux, grafo editor, 1995, pp.58-59.

*externas quer por parte de outros cidadãos quer por parte de organizações. E de um vasto leque de direitos sob proteção elenca o direito de não ingerência na vida privada, familiar e doméstica, como um dos mais importantes do seu âmbito. ”*

Essa previsão no cumprimento de mandado para crimes especialmente violentos é uma disposição importante, haja vista que a criminalidade organizada é de difícil enfrentamento. No Brasil, infelizmente, não há na Constituição brasileira, qualquer menção a exceção no ingresso em domicílio no período noturno, em razão da criminalidade violenta<sup>34</sup>, havendo uma vedação total para cumprimento de mandado de busca domiciliar durante a noite. De fato, essa inexistência de previsão, impede uma melhor eficácia nas investigações que tenham como alvos grupos organizados, que utilizam o crime como um verdadeiro negócio.

Outro ponto importante seria a questão da busca em escritórios de advocacia, consultórios médicos e estabelecimentos bancários em Portugal. Para que essas medidas se efetivem, devem estas ser presididas pessoalmente pelo Juiz e ainda deve ser feito mediante prévio aviso ao presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou dos Médicos. Nas palavras de Germano Silva<sup>35</sup>: *“Só o juiz pode proceder a apreensões em estabelecimento bancário (art.268) e a apreensão dos objetos só será efectuada se o juiz <<tiver fundadas razões para crer>> que os documentos, títulos valores, quantias e quaisquer outros objetos <<estão relacionados com um crime e se revelarão de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao arguido ou não estejam depositados em seu nome>> (art. 181., n1).”*

Fazendo um paralelo com a legislação brasileira, geralmente o juiz no Brasil não se envolve nas buscas realizadas, mesmo diante de permissivo legal, mas a questão do sigilo profissional, pode ser afastada quando houver indícios de que há uma atividade criminosa no seio daquele âmbito profissional, conforme veremos mais adiante.

Dessa forma é possível sim a realização da busca em escritório de advocacia no Brasil, desde que tenha a presença do Conselho da Ordem dos Advogados, e que ela seja especificamente em relação ao advogado, ou seja, não pode envolver pertences e tampouco documentos de clientes. Nessa

<sup>34</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

<sup>35</sup> Curso de processo penal – volume II, Germano Marques da Silva 5º edição, pág. 292.

esteira é possível citar a jurisprudência de Tribunais Superiores brasileiros que corroboram tal entendimento:

*NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO EFETUADA EM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA.*

*INVIOABILIDADE RELATIVA. ART. 7º, § 6º, DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INVESTIGAÇÃO DE SUPOSTO DELITO COMETIDO PELO ADVOGADO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE FORMAL NA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A MEDIDA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INDICAÇÃO DE PARTICULARIDADES DO CASO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

*1. A inviolabilidade do escritório de advocacia não é absoluta, ideia inclusive consagrada na própria Lei nº 8.906/94, em seu art. 7º, inciso II, combinado com seu § 6º - este incluído com o advento da Lei nº 11.767/2008, de tal sorte que é permitido nele ingressar para cumprimento de mandado de busca e apreensão - específico e pormenorizado - determinado por Magistrado de forma fundamentada, desde que presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado.*

*2. Na hipótese dos autos, o Juiz monocrático fundamentou a decisão que determinou a busca e apreensão, indicando expressamente as hipóteses do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal que embasaram a providência, quais sejam, as previstas nas alíneas "c", "d" e "h" do referido preceito legal, apresentando as peculiaridades do caso concreto e especificando os endereços onde a medida deveria ser cumprida, concluindo pela necessidade da cautelar para a instrução criminal, imprescindível para a identificação das relações mantidas entre os supostos participantes da organização, tudo em conforme ao disposto no ordenamento processual penal vigente.*

*3. Recurso parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, improvido. (RHC 21.455/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 13/12/2010)*

*“O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. Equívoco*

*quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do Inq 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.” (HC 91.610, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010.)*

### 3.2.3 – Apreensões.

Prosseguindo os estudos, podemos avançar e abordar as apreensões, nas palavras de Germano Marques da Silva<sup>36</sup>, existe uma função que vai muito mais além do que a mera retenção de um bem:

*“Tenha-se em atenção que a apreensão não é apenas um meio de obtenção e conservação de provas, mas também de segurança de bens para garantir a execução, embora na grande maioria dos casos esses objetos sirvam também como meios de prova”*

Convém ainda ressaltar que as apreensões são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária. Caso as apreensões sejam realizadas pela polícia, especificamente no procedimento de busca, essas apreensões devem ser submetidas ao crivo do judiciário, para assim serem validadas.

As restituições dos objetos apreendidos podem ser feitas em dois momentos, ou são devolvidos no decorrer do processo, ou ainda depois de transitar em julgado a sentença.

Há que se fazer uma distinção entre a apreensão de objetos e o arresto preventivo. Nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>37</sup>: *“O arresto preventivo, previsto no art. 288 do CPP (bem assim a caução económica, prevista no art. 277), enquanto medida de garantia patrimonial que é, destina-se a garantir o pagamento de pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime e ainda o pagamento de indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime (art. 227, números 1 e 2 do CPP); a apreensão, enquanto meio de obtenção da prova, destina-se, fundamentalmente, a conservar as*

<sup>36</sup>Germano Marques da Silva. Curso de processo penal – volume II, 5ª edição, pág. 289.

<sup>37</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção.pág222.

*provas materiais do crime, bem como objetos que, em razão do crime, podem ser declaradas perdidos a favor do Estado”.*

Feita a distinção acima citada, podemos prosseguir e abordar uma modalidade que se consubstancia em meio de obtenção de prova. A apreensão de correspondência pode ser realizada desde que observe alguns requisitos legais cumulativamente. O primeiro deles diz respeito ao endereçamento da correspondência, que deve ser direcionada ao sujeito ou expedido por ele; deve ainda tratar-se de crime punível com pena de 3 anos de prisão; e por fim a apreensão deve mostrar grande interesse para a descoberta da verdade ou da prova.

O conteúdo da correspondência deve ser acessado primeiramente pelo juiz que a ordenou a apreensão ou então, pode o juiz autorizar em caso de encomendas, que as forças policiais abram os invólucros ou valores fechados suscetíveis de serem apreendidos.

Tal medida se justifica, quem interessa saber sobre o conteúdo é o magistrado, e por essa razão, ele precisa tomar conhecimento antes de qualquer outra pessoa sobre seu conteúdo. Para que assim possa determinar se há interesse processual naquele documento apreendido.

#### **3.2.4 – Escutas telefônicas como meio de obtenção de prova.**

Outra questão importante, no que concerne aos meios de obtenção de prova, diz respeito as escutas telefônicas. A Constituição Portuguesa resguarda esse meio de obtenção de prova, mas por outro lado estabelece os caminhos ou requisitos que devem ser seguidos para a obtenção de tal prova.

Nesses termos o art. 34, n4 estabelece que é *“proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”* (grifo nosso). Isso mostra claramente que as limitações aos direitos fundamentais de qualquer pessoa, deve sempre ser avaliada por um juiz, isso deixa evidente que os princípios constitucionais podem ser restringidos, desde que haja evidente necessidade.

Segundo Manuel da Costa Andrade<sup>38</sup>: “*As escutas telefónicas são, sem dúvida, o meio de obtenção de prova mais devassador dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. Os danos são imprevisíveis e lesam sempre muitos mais bens jurídicos do que aqueles que se pretendiam lesar*”.

Nessa esteira, os requisitos ou balizas legais foram regulamentados pelo CPP, mais precisamente nos arts. 187 e 189. Nesse sentido as gravações desta forma de comunicação somente poderão ser ordenadas ou autorizadas por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, nesses termos o art. 187 é muito claro, in litteris:

*Artigo 187.º*

*Admissibilidade*

*1) A intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes:*

*a). Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;*

*b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;*

*c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;*

*d) De contrabando;*

*e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;*

*f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou*

*g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.*

Diferente da legislação brasileira<sup>39</sup>, onde se exige indícios de autoria ou participação na infração penal, a legislação portuguesa somente exige que a diligência seja indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou com uma dificuldade maior de se

<sup>38</sup>Manuel da Costa Andrade. I Congresso de Processo Penal, Almedina, 2005, p.2016, de uma danosidade social polimórfica.

<sup>39</sup> Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, Art. 2 inc. I. disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm). Acessado em 03/12/2019.

obter, não exigindo, pois, que existam indícios de crime e tampouco que as informações pretendidas possam ser obtidas por outros meios.

Dessa forma, fazendo um paralelo com a legislação brasileira, e para melhor elucidar esses requisitos, citamos o entendimento de Eduardo Luiz Santos Cabette<sup>40</sup>: *“A lei determina como imprescindível à interceptação a existência de indícios razoáveis, querendo, portanto, dizer com isso, que é necessário um conjunto de fatores a indicar a existência de uma prática criminosa e ainda levar à conclusão de fortes ou veementes suspeitas contra o futuro sujeito passivo da interceptação telefônica.”*

Voltando para realidade portuguesa, citando novamente o brilhante jurista Germano Marques da Silva<sup>41</sup>: *“Parece dever interpretar-se a restrição legal no sentido de que <<não será legítimo ordenar as escutas telefônicas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançadas por meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais>>”.*

A interceptação somente poderá ser determinada no curso do inquérito, e desde que observadas essas fundadas razões, ou seja, que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, muito difícil de se obter por outro meio. Isso deixa claro que esse meio de obtenção de prova é o mais devassador possível, por isso, deve ser utilizado como *“ultima ratio”*, dentre os meios de obtenção de prova, guiados pela excepcionalidade e subsidiariedade.

Há ainda uma outra questão, quem poderia ser alvo de uma interceptação, nesse sentido a legislação afasta qualquer dúvida, isto é, o art. 187 n. 4 estabelece que somente pode ser alvo pessoa que sirva de intermediário, relativamente ao qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou ainda vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efetivo ou presumido.

Outro ponto importante, após analisar quando será possível a utilização da interceptação, seria a formalidade pela qual é executada a operação e a gravação. O art. 188 do CPP é elucidativo. Após a diligência é lavrado auto, visando assim elaborar relatório onde deve constar as passagens relevantes que serão avaliadas como prova, deve ainda descrever de modo sucinto o seu conteúdo e explicar objetivamente o seu alcance para a descoberta da verdade.

<sup>40</sup> Eduardo Luiz Santos Cabette. Interceptação telefônica, Editora Saraiva, pág. 83.

<sup>41</sup> Germano Marques da Silva. Curso de processo penal – volume II, 5ª edição, pág. 296.

Vale mencionar que todo esse material, que inclui o auto, relatório e fitas gravadas, são levadas a conhecimento tanto do Ministério Público, como também do juiz de instrução. O juiz ao ter acesso a esse material pode tomar certas decisões, dentre elas destacamos a destruição do material que são considerados estranhos ao processo, por diversos motivos, dentre eles as conversações onde há claro envolvimento de pessoas onde não há autorização a interceptação e a gravação, poderá ocorrer também a destruição no caso de conversas onde o interlocutor esteja recoberto pelo segredo profissional ou ainda no caso de conversas cuja divulgação poderá afetar gravemente direitos, liberdade e garantias.

Importante frisar, que a interceptação é um meio de obtenção de prova, e nunca devemos nos esquecer disso, isso porque esse meio de obtenção de prova pode eventualmente não ter qualquer êxito, ou seja, pode não haver qualquer conversação que gere um meio de prova importante, ou algo incriminador. O que faz valer como prova, nos limites do processo penal, é sua transcrição por ordem do Ministério Público e ainda a indicação como meio de prova na acusação, tudo nos termos do art. 188, n. 9 al. b do CPP.

As provas produzidas sem observar os requisitos legais estabelecidos pelos arts. 187, 188 e 189 serão consideradas nulas e por consequência provas proibidas. Segundo Germano Marques da Silva<sup>42</sup>: *“O art. 190 teve como fonte o art. 271 do CPP italiano que dispõe que os resultados não podem ser utilizados quando sejam obtidos fora dos casos consentidos pela lei ou quando não sejam observadas as disposições relativas às formalidades das operações, não distinguindo a violação das condições de admissibilidade da das formalidades das operações”*.

O resultado da declaração da invalidade da prova é grande, pois inviabiliza até mesmo o eventual início de uma investigação, privando de qualquer efeito probatório indireto, assim serão inevitavelmente consideradas inexistentes.

Dessa forma, só valerão como prova, no processo penal português, as conversações ou comunicações que foram devidamente transcritas pelos órgãos de policial criminal e ainda e logo após forem indicadas pelo Ministério Público como meio de prova na acusação. Poderá ainda ser utilizada como prova pelo arguido, que efetuar sua transcrição e efetuar a juntada ao requerimento de abertura de instrução ou ainda à contestação. Pode ainda, mediante participação do assistente,

---

<sup>42</sup> Germano Marques da Silva. Curso de processo penal – volume II, 5ª edição, pág. 310.



efetuar a transcrição, dentro do prazo legal, e requerer a abertura da instrução, mesmo sem legitimidade para tanto.

É interessante citar o caso dos conhecimentos fortuitos, que ocorrem geralmente quando uma investigação está em curso por um motivo, mas que no decorrer da interceptação se descobre outra atividade criminosa.

Nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>43</sup>: “ (...) o conhecimento fortuito só pode valer como prova, por um lado, quando tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa a que o n. 4 refere, por outro, quando se reporte a um dos crimes do catálogo, relativamente aos quais a escuta é legalmente admissível”.

Dessa forma, percebe-se que o conhecimento fortuito, mediante uma escuta, somente poderá ser utilizado, desde que o crime descoberto esteja dentro do catálogo a que o art. 187 faz referência, justamente por permitir que tal atividade criminosa seja investigada mediante a interceptação.

Um ponto interessante, diz respeito ao limite tecnológico que se restringe a interceptação, ou seja, haveria validade somente para chamadas telefônicas ou SMS, ou ainda, a interpretação deveria ser extensível, a fim de abarcar um maior número de meios de comunicação. Creio que o legislador preferiu a última posição citada, principalmente pelo que se pode extrair do art. 189 n. 1 do CPP. Dessa forma, a interceptação se aplicaria também para o correio eletrônico, assim como para outras formas de transmissão de dados.

Nesse sentido, nas palavras de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>44</sup>: “Em síntese, a expressão “designadamente, alarga o regime previsto para as escutas telefônicas a todos os meios de comunicação análoga. Esta previsão não tem nem podia ter correspondência no direito anterior ao CPP de 87, atento o quase alucinante avanço tecnológico registado de então para cá”.

Diante todo o exposto, no que concerne aos meios de obtenção de prova em Portugal, percebemos de forma clara que o modelo de processo penal adotado, possui um misto garantista, onde efetua um total controle anterior de toda a atividade policial. Porém há algo bastante louvável, no que diz respeito as buscas excepcionais, em período noturno, visando assim combater uma forma especial de criminalidade, algo que faz bastante falta, no que diz respeito as buscas realizadas no Brasil,

<sup>43</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção. Pág.239.

<sup>44</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. A prova do crime, meios legais para a sua obtenção. Pág. 243.

onde há uma criminalidade epidêmica, muito relacionada propriamente com a criminalidade altamente organizada.

### **3.3 – Meios de obtenção de prova no Brasil**

#### **3.3.1 – Conceitos**

Prosseguindo neste estudo comparado, podemos abordar os meios de obtenção de prova no Brasil, é importante salientar a grande diferença entre os modelos, um aplicado em Portugal e outro no Brasil.

Para termos uma noção, mormente em razão das diferenças estruturais existentes nos modelos de segurança pública e ainda na estrutura da persecução criminal entre os dois países, iremos abordar a formação brasileira, para após adentrarmos nos meios de obtenção de prova existente no Brasil.

Existem basicamente duas grandes polícias no Brasil, a primeira e maior delas chama-se polícia militar, esta, da mesma forma que a PSP e a GNR em Portugal, tem a função de garantir a ordem pública. No entanto, sua atividade encerra por aí, sendo vedado a ela exercer qualquer atividade que tenha como fundo a investigação criminal.

Esse modelo é adotado por todos os Estados Federados brasileiros, pois é um tema regulamentado por legislação federal. Outro ponto importante diz respeito a estruturação da polícia investigativa, no Brasil, existem duas polícias que possuem um único mister, que seria o exercício pleno da investigação criminal.

Nesses termos, a Polícia Civil nos Estados e a Polícia Federal, atuam diretamente na investigação criminal, visando assim o combate as formas de criminalidade, e exercendo um papel fundamental para garantir a elucidação dos casos e posteriormente, em momento oportuno, o oferecimento da denúncia (acusação) por parte do membro do Ministério Público.

É importante citar que a investigação criminal, diferente da realidade portuguesa, é dirigida pelo Delegado de Polícia. Assim, quem preside o inquérito, e direciona os atos a serem realizados, diante da necessidade investigativa é o delegado, civil ou federal, e não o Ministério Público (Promotor nos estados ou Procurador em âmbito federal), que possui também poder de investigar e de

requisitar atos dentro do inquérito policial, inclusive seria uma incongruência o Ministério Público ser impedido de investigar, sendo ele o titular da ação penal.

Mesmo diante da autonomia em realizar atos investigativos por parte da polícia, isso não exime os Delegados de terem seus atos controlados, muito pelo contrário, há de fato um controle externo, realizado pelo Ministério Público. Essa também é uma diferença a ser citada, em Portugal, os atos da polícia ou são autorizados ou então são analisados logo depois por quem de direito.

No Brasil, os atos da polícia são controlados sempre posteriormente, cabendo ao Ministério Público, e a própria corregedoria das polícias essa função, de limitar e punir aqueles que avançam e saem do caminho da legalidade.

Obviamente, que os atos mais intrusivos, que envolvam o afastamento eventual de direitos fundamentais, são unicamente autorizados pelo Juiz. Recentemente foi introduzido pela lei 13.964/2019 no Brasil a figura do juiz de garantias, que teria a mesma função do juiz de instrução criminal em Portugal. Contudo, como essa alteração legislativa ocorreu muito recente, o que de fato prejudicaria sua implantação. Dessa forma o Supremo Tribunal Federal, mediante decisão da Presidência, suspendeu sem tempo determinado a sua implantação.

Após essa análise introdutório do sistema processual penal brasileiro no que diz respeito a presidência do inquérito e como os demais atores atuam no processo, e ainda de uma breve comparação com a realidade portuguesa, podemos prosseguir e fazer uma análise comparativa com os meios de obtenção de prova na seara criminal, tanto do Brasil como de Portugal.

Não é dispendioso afirmar que todo o procedimento dos meios de obtenção de prova, ou se desenvolvem dentro de um procedimento, ou então preliminarmente, mas sempre serão acostados ao inquérito. No Brasil isso faz bastante sentido, tendo em vista que diferente de Portugal, o inquérito é visto como uma fase procedimental e não processual.

Nas palavras de Norberto Avena<sup>45</sup>: *“O inquérito policial não é imprescindível ao ajuizamento da ação penal. Na medida em que seu conteúdo é meramente informativa, se já dispuseram o Ministério Público (na ação penal pública) ou o ofendido (na ação penal privada) dos elementos necessários ao oferecimento da denúncia ou queixa-*

---

<sup>45</sup> Norberto Avena, Manual de Processo Penal, Editora Método, pág. 127.

*crime (prova da materialidade do fato), poderá ser dispensado o procedimento policial sem que isto importe qualquer irregularidade (arts. 39, §5º, e 46, §1º, do CPP).”*

No Código de Processo Penal brasileiro, não há de fato um título direcionado aos meios de obtenção de prova, algo realmente problemático quando falamos do ponto de vista didático. Contudo, mesmo diante da legislação esparsa, iremos abordar cada um dos tópicos relacionados aos meios de obtenção de prova na seara do Processo Penal brasileiro.

### **3.3.2 – Busca e Apreensão.**

Iniciemos pela busca e apreensão, este meio de obtenção de prova, conforme divisão no Código de Processo Penal brasileiro, encontra posicionamento no capítulo XI, sob o título busca e apreensão. A busca e apreensão poderá ser realizada durante o inquérito policial ou ainda durante a tramitação do processo criminal.

Normalmente ela é considerada meio de obtenção de prova, porém poderá ser utilizada também como medida assecuratória, visando assim a reparação civil por danos pelos danos ocasionados pela prática de crimes.

Nas palavras elucidativas de Norberto Avena<sup>46</sup>: *“considera-se busca a diligência realizada com o objetivo de investigação e descoberta de materiais que possam ser utilizados no inquérito policial ou no processo criminal. Trata-se de uma atitude de procura, a ser realizada em lugares ou em pessoas. Já apreensão depreende-se o ato de retirar alguma coisa que se encontre em poder de uma pessoa ou em determinado lugar, a fim de que possa ser utilizada com caráter probatório ou assecuratório de direitos”.*

Superada essa análise conceitual, iniciaremos com as modalidades de busca, elas podem ser domiciliárias ou pessoal. As buscas domiciliárias, quanto a sua legitimação, só podem ser ordenadas pela autoridade judicial, no contexto do inquérito policial, a pedido do Delegado ou ainda no curso do Processo penal, a pedido do Ministério Público. A busca pessoal, é geralmente realizada no curso de uma investigação criminal, ela é determinada pelo Delegado de Polícia, sob a necessidade da fundada suspeita de que alguém esteja em posse dos objetos mencionados em lei (art. Art. 240 §2º, do CPP brasileiro).

---

<sup>46</sup> Norberto Avena, Manual de Processo Penal, Editora método, pág.375.

A busca domiciliária possui tutela constitucional, assim como em Portugal, contudo, conforme já mencionados anteriormente, não há qualquer salvaguarda para que as autoridades públicas possam ingressar no domicílio, em período noturno, para realizar buscas, mesmo nos casos de criminalidade especialmente violenta.

Algo interessante a ser citado, é a abrangência do conceito domicílio no que tange ao processo penal, diferente do processo penal português, onde se faz uma diferencia nas buscas em locais habitáveis ou não, no Brasil esse conceito é bastante amplo, assim, o conceito de domicílio é visto de uma forma mais abrangente, abarcando no conceito casa, locais cujo acesso ao público seja limitado e ainda que sirvam de residência.

Por outro lado, os locais que não sirvam de habitação, que não se enquadrem no conceito de casa, não usufruem desse resguardo constitucional. Assim, dependendo do caso em concreto, dependerão de uma ordem judicial de busca, contudo, tal ordem judicial poderá ser realizada durante o período noturno, sem qualquer problema.

O horário para a execução de um mandado de busca, caso seja domiciliar, somente será admitido durante o dia, em nenhuma hipótese a busca domiciliar, poderá ser realizada em período noturno. O dia, segundo posicionamento jurisprudencial brasileiro, é contado a partir das seis horas da manhã até as 18 horas do mesmo dia.

Visando dirimir qualquer dúvida, o art. 240 §1º do CPP brasileiro, descreve em rol taxativo as possibilidades de busca domiciliar, nesse sentido, in litteris:

*Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.*

*1ª Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:*

- a) prender criminosos;*
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;*
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;*
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;*

*e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;*

*f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*

*g) apreender pessoas vítimas de crimes;*

*h) colher qualquer elemento de convicção*

Assim sendo, na primeira hipótese, vislumbramos a possibilidade de ingresso domiciliar para efetuar prisão. Esta prisão pode ser temporária, ou até mesmo definitiva, visando o cumprimento de pena, contudo, para sua efetivação depende logicamente da expedição do mandado por autoridade judicial.

Na análise da segunda alínea, vemos a viabilidade de ingresso domiciliar com o intuito de apreensão de objeto obtido por meio criminoso. Esse ponto é importante, tendo em vista que essa medida somente tem validade para apreender objeto que esteja diretamente relacionada com o crime, por exemplo um carro roubado que se encontra no interior de uma garagem. Ao passo que para outras situações, como um veículo adquirido com dinheiro proveniente de um roubo a banco, a medida seria outra, ou seja, sequestro de bem móvel, medida esta que visa garantia patrimonial.

Dando continuidade, chegamos na análise da próxima alínea e nela há a previsão para busca em domicílio nos casos em que há atividade de falsificação (alteração de um documento ou de dados de carteira de identidade) ou contrafação (reprodução fraudulenta de um documento, isto é, impressão de livros sem autorização).

Outra hipótese seria a busca de armas e munições, ou ainda objetos visando a prova da infração e a apreensão de correspondência, nesta última hipótese, há uma proteção especial Constitucional. Conforme igual tratamento garantido em Portugal, no Brasil é assegurado o sigilo das correspondências, portanto, nos casos das correspondências somente se permite a apreensão de cartas abertas, tendo em vista que seu conteúdo não está mais em segredo e a Constituição do Brasil resguarda a sua inviolabilidade.

Há ainda as buscas em locais especialmente regulamentados, conforme já mencionamos anteriormente, igualmente em Portugal, o Brasil possibilita a busca a ser realizada em escritórios de

advocacia. Contudo essa busca deve ser realizada desde que presentes alguns requisitos, dentre eles podemos citar, indícios de autoria de crime praticado pelo próprio advogado, materialidade desse crime.

Quanto ao procedimento, vemos que a legislação estabeleceu alguns requisitos, dentre eles destacamos, a quebra do sigilo por parte de autoridade judiciária competente, esta decisão, logicamente, deve ser fundamentada a ponto de delimitar por qual razão se está autorizando a busca em um escritório de advocacia e ainda, essa diligência, deve ser acompanhada por um membro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Vale ressaltar que há uma limitação com relação a apreensão de documentos, pois há uma vedação legal na apreensão de documentos, mídias e objetos pertencentes a clientes do advogado investigado, só podendo ser apreendido tal material, caso seja comprovado que ele seja partícipe ou coautor do mesmo crime que o advogado está sendo investigado.

Finalizada a análise quanto a busca domiciliar, abordaremos a busca pessoal, diferente da legislação portuguesa, onde se estabelece a revista como nomenclatura, no Brasil é tratado como busca pessoal. A legislação é bastante clara as estabelecer as hipóteses e circunstâncias em que tal busca pode ser realizada.

*2ª Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.*

*Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.*

Assim, diante de fundadas suspeitas, poderá a autoridade policial ou judicial realizar busca pessoal, desde que haja suspeita que o indivíduo esteja portando algum objeto proibido ou ilícito.

Após essa breve abordagem no que concerne a busca (pessoal e domiciliar), apreensão, percebemos uma grande similitude entre o sistema português e brasileiro, sendo o sistema português mais aprimorado em relação a busca domiciliar. Tendo em vista o permissivo legal para ingresso domiciliar em situações excepcionais, durante o período noturno, visando assim o melhor enfrentamento a criminalidade violenta.

### 3.3.3 – Interceptação telefônica no Brasil

Superada a análise inicial comparada entre os meios de obtenção de prova apresentados, podemos avançar e abordar as interceptações telefônicas, no contexto do processo penal brasileiro, assim como suas limitações.

Diferente do sistema processual penal português, a previsão legal da interceptação telefônica, no Brasil está topograficamente localizada em uma legislação extravagante, ou seja, não codificada.

A lei 9.296/96 trata do assunto e regulamenta todo o processo de interceptação telefônica, não obstante existir norma Constitucional em que viabiliza a utilização da interceptação para a investigação criminal e instrução processual penal, nas palavras de Eduardo Luiz Santos Cabette<sup>47</sup>:  
“(…) *consistem no ato de um terceiro captar a comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores*”.

Esse processo de interceptação, aliás, para ser considerado meio de obtenção de prova, e sua gravação para ser reconhecida como prova em eventual processo, deve observar os ditames legais, qual seja, aquele descrito na lei 9.296/96.

Dessa forma, cabe ao juiz competente da ação principal, na maioria dos casos, o juiz atuante no local da consumação da infração penal, apreciar os pedidos de interceptação de dados e decidir. É o que leciona o art. 1 da lei 9.296/96.

Todo esse procedimento se desenvolve dentro da investigação criminal que nas palavras eminente jurista brasileiro Luiz Flavio Gomes<sup>48</sup>: *“a que se destina à apuração de uma infração penal (crime ou contravenção) e sua autoria”*

O bem tutelado pela lei protege exclusivamente um aspecto da privacidade, a liberdade de comunicação, ainda podemos acrescentar outro bem maior e mais evidente, que seria justamente a tutela da intimidade do indivíduo e por consequência sua esfera privada.

Iniciando a análise da referida lei, vemos ainda que no art. 1 se faz referência a *“interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza”*, assim não podemos nos ater apenas no conceito de comunicação via telefone, muito pelo contrário, devemos ir mais além. Nesse sentido temos a

---

<sup>47</sup> Eduardo Luiz Santos Cabette. Interceptação telefônica, Editora Saraiva, pág. 19.

<sup>48</sup> Luiz Flavio Gomes e Raúl Cervini, Interceptação telefônica, editora RT, p 117.



posição de Eduardo Luiz Santos Cabette<sup>49</sup>: *“A realidade cotidiana é extremamente dinâmica e o direito tem que adaptar-se aos novos conceitos acaso não pretenda tornar-se fatalmente obsoleto e anacrônico”*.

A afirmação acima fica bastante evidente, tendo em vista que a transmissão de dados não se faz somente pela voz, muito pelo contrário, nos dias atuais a voz passou a ser coadjuvante dentre as inúmeras formas de comunicação, por essa razão que atualmente, não falamos somente em interceptação como meio de escuta telefônica, mas sim como comunicação telefônica de qualquer natureza, esse inclusive foi o posicionamento do legislador.

Mesmo diante do óbvio, existem vozes no Brasil que defendem a inconstitucionalidade da norma, apegados ao literalismo do texto, afirmando que a Constituição da República, no Brasil não contemplou os dados telemáticos e informáticos.

Para sermos mais exatos, transcreveremos o texto legal e Constitucional:

Inciso XII Art. 5 da Constituição brasileira:

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Parágrafo único do art. 2 da lei 9.296/96:

*Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

*Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

*I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;*

*II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*

*III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*

---

<sup>49</sup> Interceptação telefônica, Eduardo Luiz Santos Cabette, Editora Saraiva, pág.45.

A Constituição Portuguesa não entrou em detalhes e somente disse que a parte de telecomunicação era inviolável, ou seja, foi bem genérica nesse ponto, deixando basicamente para o CPPP a regulamentação do assunto.

Para afastar qualquer imbróglio sobre o tópico, elucidativas são as palavras do professor Damásio de Jesus<sup>50</sup>: *“Inclinamo-nos pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona somente no caso de conversação verbal por esse meio, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona comunicações telefônicas, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de ‘dados’. É o caso do modem. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, ‘digitar’ e não ‘falar’”*.

Por fim, visando sedimentarmos o objeto em estudo, diríamos que o está sendo objeto de proteção constitucional não seria o meio utilizado para a comunicação, e sim as pessoas que as utilizam, dessa forma fica claro visualizar que não é bem a transmissão da voz e sim os interlocutores que estariam sendo protegidos.

Prosseguindo na análise da referida lei brasileira, chegamos ao ponto da extensão da norma para casos em que seja possível a interceptação. Infelizmente a legislação brasileira foi muito abrangente, estabelecendo que a interceptação caberia para todos os crimes passíveis de detenção. Este rol de crimes é muito extenso, e considerando que a interceptação é um meio de obtenção de prova extremamente devassador, estaríamos diante de uma incongruência.

Nesta esteira Damásio<sup>51</sup> afirma: *“Quanto à extensão por abranger indistintamente quaisquer crimes com reclusão da legislação comum e especial, sem levar em conta a maior gravidade ou lesividade de cada um deles. Em tese, pela letra fria da lei, seria possível a interceptação telefônica para investigação de um furto simples, mesmo sendo um delito de bagatela, pois se trata sem dúvida de um crime apenado com reclusão”*.

Andou bem o legislador português ao criar limites para uma ferramenta investigativa tão intrusiva como a interceptação telefônica. Isso fica bastante evidente com a leitura do art. 187 do CPP

---

<sup>50</sup> Damásio de Jesus. Interceptação de comunicação telefônicas – notas à lei n. 9.296, de 24-07-96, Revista dos Tribunais, 735/464-465.

<sup>51</sup> Damásio de Jesus, Interceptação de comunicações telefônicas – notas à Lei 9.296, de 24/07/96, Revista dos Tribunais, 735/465.

português, lá está o rol onde se permite a utilização da interceptação, ou conforme nomeado em Portugal, escutas telefónicas.

No que concerne aos dados registrados referentes as chamadas efetuadas, importantes considerações devem ser feitas. No Brasil, esses dados podem ser acessados, desde que devidamente solicitados por Delegado de Polícia, assim como pelo Ministério Público no seio de uma investigação criminal que envolva crime organizado ou associação criminosa.

Importante diferenciação é feita por Eduardo Luiz Santos Cabette<sup>52</sup>: *“Basicamente, são informações de menos amplitude do que aquelas passíveis de serem coletadas por intermédio de uma interceptação telefônica propriamente dita. Isso porque, durante a interceptação, penetra-se na comunicação no mesmo momento em que ela se desenrola, apreende-se não somente dados externos, mas o seu conteúdo palavra por palavra. Já no acesso aos registros telefônicos, trata-se de levantamento de informações pretéritas”*.

Essa questão foi bastante debatida em Portugal, e pelo que vemos, na realidade portuguesa se trata de acesso a dados recobertos pelo sigilo, onde somente é possível o acesso mediante autorização judicial, em obediência ao art. 189 do CPP, o qual descrevemos:

*Art. 189.*

*Extensão*

*(...) 2 – A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do art. 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo.*

Diante disso, chegamos à conclusão de que há de fato maior entrave burocrático e por conseguinte uma legislação mais garantista em Portugal em comparação a realidade brasileira. Essa afirmação fica bastante evidente, tendo em vista que a previsão do Código de Processo Penal brasileiro traz em seu bojo alguns requisitos para esse acesso.

Em regra, no Brasil, para ter acesso a tais dados, deve-se solicitar diretamente ao Juiz, a quebra do sigilo telefônico, e na própria solicitação deve levar em conta as chamadas e SMS realizados preteritamente. Por outro lado, há um permissivo legal, no que diz respeito a certa criminalidade, ou seja, ao crime organizado, desta forma essa solicitação pode ser feita diretamente a operadora

---

<sup>52</sup> Eduardo Luiz Santos Cabette. Interceptação telefônica, Editora Saraiva, pág.47

desde que em causa esteja sendo investigado um grupo criminoso e ainda deve o pedido ser formulado por membro do Ministério Público ou Delegado de Polícia.

Nesse sentido, bastante elucidativo é o artigo 15 da lei 12.850/2013 que permite o acesso a dados cadastrais de membros de organização criminosa que estejam sendo investigados. Dessa forma transcrevo o texto legal, *in litteris*:

*Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações*

*Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.*

Assim sendo, percebemos que há duas grandes diferenças entre os dados a serem acessados, caso haja interceptação telefônica, essa medida está sob a regulamentação da lei 9.296/2016, por outro lado, caso haja necessidade de acesso a dados no contexto de uma organização criminosa, estaríamos falando em dados arquivados, ou seja, dados passados, estaríamos assim falando da regulamentação feita pela lei 12.850/2013.

Em Portugal a realidade não é diferente, haja vista que a interceptação possui regulamentação no próprio Código de Processo Penal, contudo, para dados arquivados a legislação aplicável seria a lei 32/2008.

Em uma análise comparada, o sistema português somente permite a devassa na intimidade das telecomunicações, caso haja a devida ordem judicial para tanto, ao passo que no Brasil há exceções, como acesso a dados relacionados ao investigado, diretamente para o Ministério Público e para o Delegado de Polícia que preside o inquérito no caso de criminalidade organizada.

Há, porém, um entendimento que encontra consonância entre os dois países e diz respeito ao acesso de dados armazenados no telefone móvel (telefone celular). No Brasil o entendimento que vem ganhando força está orientado no sentido de não permitir o acesso sem autorização judicial, aos dados armazenados. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça brasileiro assim se pronunciou:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

*As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.*

*A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.*

*A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.*

*Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele*

*previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao*

*primado da proteção do direito individual.*

*Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da*

*Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.*

*Acórdão*

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima*

*indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal*

*de Justiça: "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr.*

*Ministro Celso Limongi, acompanhando o voto da Sra. Ministra*

*Relatora, concedendo parcialmente a ordem de habeas corpus e o voto*

*do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, a Turma, por*

*maioria, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos*

*do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Og*

*Fernandes, que conhecia parcialmente do pedido de habeas corpus e,*

*nessa extensão, denegava a ordem, expedindo habeas corpus de*

*ofício."*

*Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e*

*Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a*

*Sra. Ministra Relatora.*

*Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.*

Nesse mesmo sentido, em Portugal, o entendimento prevalecente é de que haja necessidade de autorização judicial para que seja feita a perícia no telemóvel, caso contrário esta prova será prova

proibida e, portanto, inútil ao processo. Nesses termos é o julgado ao qual citamos<sup>53</sup>: *“O órgão de polícia criminal pode proceder a pesquisa em telemóvel ou outro suporte informático, sem prévia autorização da autoridade judiciária, para que decida da conveniência da sua apreensão. Porém, essa possibilidade está limitada aos casos em que a mesma seja voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou o controle desses dados – desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado – ou, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. Não sendo essa a situação, se as sms (short message servisse) guardadas no telemóvel do arguido, foram lidas e transcritas pelo órgão de polícia criminal sem o seu consentimento nem foi autorizado a sua apreensão pelo juiz de instrução criminal, autoridade judiciária naquele momento competente para o efeito, estamos perante um caso de prova proibida”*.

Dessa forma percebemos que tanto no Brasil como em Portugal, nesse ponto, temos uma convergência de entendimentos que visam primordialmente a defesa da intimidade. Bem esse que somente deve ser afastado, caso haja necessidade e a partir de uma decisão judicial válida.

Reafirmando esse entendimento, Eduardo Luiz Santos Cabette<sup>54</sup> assim se posiciona: *“Ainda que infelizmente silente a lei, há que acatar-se a tese da “relatividade dos direitos”, para reconhecer a possibilidade, em casos excepcionais, sob o crivo da proporcionalidade e razoabilidade, de quebra do sigilo dos registros telefônicos, nada impedindo o uso da Lei n. 9.296/96 como paradigma nos casos concretos. Assim, por exemplo, não seria possível o alcance de registros de ligações para apuração de infrações de menor potencial ofensivo (lei n. 9.099/95) ou punidos com detenção, sendo, em tese, admitido em casos de crimes aos quais seja prevista pena de reclusão, em especial os mais graves”*.

Uma questão interessante e que de fato citamos, quando da análise da interceptação telefônica em Portugal, diz respeito a prova emprestada do processo criminal a ser eventualmente utilizada no juízo cível.

Há entendimentos em que se permite sua utilização no Brasil, desde que se tenha dado a oportunidade do contraditório dentro do processo criminal a parte. Isso significa que a parte no processo no cível, precisa ser necessariamente a mesma processada no criminal. Nas palavras de

<sup>53</sup><http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/877e0322acde18d080257a8300393cc6?OpenDocument>. Acessado em 17/12/2019.

<sup>54</sup> Eduardo Luiz Santos Cabette. Interceptação telefônica, Editora Saraiva, pág.47

Nelson Nery<sup>55</sup>: “*Sendo as partes, no processo destinatário, as mesmas do processo originário onde foi realizado a prova que se pretende emprestar, estará preenchido o requisito de que estamos tratando, obedecido que foi o princípio do contraditório*”

Diante de todo o exposto, podemos observar que há obediência aos princípios constitucionais em ambos os países, mesmo diante de alguma relativização por parte do Brasil ou até mesmo de Portugal em alguns aspectos, sendo mais garantista em algum momento ou outro. Percebemos que essa atenção principal visa unicamente resguardar o direito fundamental de cada cidadão, haja vista que o poder estatal é enorme, e dentro de um Estado Democrático de Direito, devemos observar as regras do jogo.

Essa análise dos meios de obtenção de prova é de fulcral importância, haja vista que são basicamente instrumentos de investigação criminal, que eventualmente, dependendo da criminalidade a ser combatida, devem ser utilizados, para melhor atingir os objetivos, ou seja, identificação precisa da autoria e produção probatória.

É por essa razão que deixamos a colaboração premiada como último tópico a ser abordado e até mesmo possuindo um capítulo voltando unicamente para o assunto. Essa medida se justifica, primeiro por ser o núcleo da tese aqui defendida, e segundo pela polêmica e complexidade e ainda o mau entendimento que o tema gera.

## **Capítulo IV – COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.**

### **4.1 - Definição legal e evolução legislativa brasileira no combate ao crime organizado.**

A expressão crime organizado ou organização criminosa passou a ser usada com maior frequência nas décadas de 2000 até os dias atuais, mas a sua origem remonta o início dos anos 90, principalmente em relação a maior organização criminosa brasileira conhecida como PCC (primeiro comando da capital).

---

<sup>55</sup> Nelson Nery Júnior, Princípios do processo civil na Constituição Federal, editora RT, pág. 140.



Para fazer frente a atual situação, de crescimento exponencial do crime organizado no Brasil, o Governo editou a lei 9.034/95. Na exposição de motivos da lei revogada, o projeto de lei<sup>56</sup> que foi de autoria da Câmara dos Deputados Brasileira em seus termos, dispôs de forma clara que a lei editada visava enfrentar diretamente a criminalidade organizada que atua diretamente no tráfico de drogas, lenocínio, tráfico de crianças, entre outros seguimentos do crime organizado, mormente em razão da falta de êxito no combate a tal criminalidade com os instrumentos jurídicos então existentes a época.

Mesmo diante da atuação brasileira, de forma concertada entre o Poder legislativo, investigativo policial, Ministério Público e do Poder judiciário, não foi possível impedir o crescimento das organizações criminosas brasileiras, muito pelo contrário, a falta de uma política nacional voltada especificamente para o combate ao crime organizado, com maiores ferramentas, propiciou um aumento significativo das organizações criminosas no Brasil.

A legislação não trazia definições do que seria o crime organizado, e ainda trazia previsões estapafúrdias, como do juiz responsável participar de diligências, visando resguardar o sigilo das provas. Dessa forma, diante das dificuldades, surgiu a necessidade de uma nova legislação para realmente fazer frente a criminalidade organizada crescente no Brasil.

Nesse cenário, após alguns anos de tramitação, surgiu a lei 12.850/13 que veio para inovar de forma impactante o sistema legislativo concernente as organizações criminosas. Nesse mesmo sentido, enfim, trouxe uma definição clara do que seria organização criminosa<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Os órgãos encarregados do combate ao crime organizado que, de acordo com o art. 44 da Constituição federal são a Polícia Federal e as Polícias Cíveis dos Estados-membros, têm empreendido esforços no sentido de debelar a saga criminosa dos grupos delinquentes que atuam ao tráfico ilícito de drogas, exploração de lenocínio, tráfico de crianças, furto de veículos, contrabando e descaminho, terrorismo e os chamados crimes de colarinho branco, exemplos de organizações criminosas, sem a obtenção de significativo êxito da ação combativa.

Pelas projeções assumidas e os imensuráveis danos causados à sociedade internacional, à ordem econômico-financeira e instituições públicas e privadas, necessária se faz a utilização diferenciada dos meios de prevenção e repressão das atividades desses grupos que se assemelham, sem exageros, a "empresas multi-milionárias" a serviço do crime e da corrupção generalizada. É óbvio que o remédio combativo há que ser diverso daquele emprego na prevenção e repressão às ações individuais, isoladas, tal que se verifica quando de um atropelamento ou o furto de um botijão de gás, ainda que doloso.

<sup>57</sup> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Essa definição teve como fonte de inspiração a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional (Convenção de Palermo)<sup>58</sup>. A definição da Convenção traz em seu bojo como organização criminosa uma formação específica que conjuga o número de ao menos 3 agentes participantes, permanência, finalidade de cometimento de uma ou mais infrações graves e a finalidade de obtenção de um proveito econômico ou material.

Dessa forma, percebe-se claramente que a legislação brasileira fez uma distinção, mormente no número de participantes da organização, e ainda no que concerne a pena mínima estabelecida para tais práticas criminosas.

Isso se deve a acomodação do novo tipo penal que teve que ser feita, frente a já existente figura da associação criminosa. No Brasil, antes mesmo da existência de uma definição legal do que seria crime organizado, já existia, previsão no Código Penal brasileiro, do que era uma associação criminosa.

Obviamente, esta previsão não atendia aos anseios do Governo, para um combate coerente ao crime organizado, grande e estruturado que existe no Brasil. Por essa razão, surgiu então a figura da organização criminosa, definida pela novel legislação, cuja característica de distinção seria o mínimo da pena aplicada e o número de pessoas envolvidas com a prática criminosa.

Para fazer frente a uma criminalidade menor e menos organizada, persistiu no sistema penal brasileira a figura da associação criminosa, que em seus termos legais, conforme expressa previsão no Código Penal brasileiro<sup>59</sup>, definiu como requisito ao menos 3 participantes e o fim específico de cometer crimes.

#### **4.2 - Direto Penal e Processo Penal como instrumento de política criminal.**

Antes de adentrarmos no cerne da questão desta tese, devemos fazer uma reflexão sobre as políticas criminais estatais e como a legislação posta influencia diretamente no combate a alguma forma de criminalidade.

---

<sup>58</sup> a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

<sup>59</sup> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Assim, nas palavras do professor Fernando Fernandes<sup>60</sup>: *“Trata-se de provar que o Direito Penal não pode ordenar-se num sistema fechado nem abandonar-se à mercê de um pensamento tópico, o qual opere à margem do sistema, mas sim que, em lugar de tudo isso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema ou force a sua modificação”*.

Assim percebemos de forma clara que o Direito Penal deve andar juntamente tanto com a política criminal e assim como a criminologia, pois nada adiantaria as ciências andarem em sentidos opostos. Isso resultaria claramente e uma ineficiência sem tamanho e jamais alcançaríamos a tão almejada paz social.

Ao nos referir ao Processo Penal, percebemos de forma clara que este, aprioristicamente serve como meio de instrumentalizar o Direito Penal.

Contudo, o pensamento mais atual defendido, nas palavras do professor Fernando Fernandes<sup>61</sup>: *“Como um sistema normativo próprio, definindo-se e operando como um sistema auto-referente. Podendo – não raro devendo – reportar-se aos resultados das demais instâncias, há-de, por via de regra, fazê-lo em termos de resposta à complexidade de ambiente, que condiciona mas não determina o sentido definitivo do desempenho sistémico”*.

Diante disso, percebe-se que a relação entre o direto processual e o material em matéria penal, encontram uma relação de complementariedade, e por isso que desde do início desse trabalho defendemos um modelo que contemple os meios de obtenção de prova, na sua modalidade premial, para assim fazer face a própria forma de criminalidade, que na maior parte das vezes é organizada e complexa.

Assim o modelo adotado não deve apenas cuidar da formalidade processual, visando assim a paridade no trâmite do processo, pelo contrário, deve ir mais além, buscando assim em outra vertente, as finalidades político-criminais.

Ao falarmos de política criminal, no mais comum entendimento, estaríamos diante da busca de uma constituição o mais adequado possível visando atender a nobre missão de proteger a sociedade. Podemos ainda dizer que a política criminal é um setor da política jurídica criminal geral. Assim sendo, cabe a política criminal a função de delimitar a área de atuação penal, bem como medir a forma das sanções segundo o mister da justiça criminal. Nessa mesma esteira de entendimento, lúcidas são as palavras do professor Fernando Fernandes<sup>62</sup>(...) *“imutabilidade da*

<sup>60</sup> Fernando Fernandes. Processo penal como instrumento de política criminal, Almedina, pág.28

<sup>61</sup> Fernando Fernandes. Processo penal como instrumento de política criminal, Almedina, pág.37

<sup>62</sup> Fernando Fernandes. Processo penal como instrumento de política criminal, Almedina, pág.48

*tipificação criminal – indispensável corolário do princípio da legalidade incriminatória, que deve ser mantido – deve concatenar-se com o estabelecimento de um calendário de prioridades em matéria de ação penal, já que, à segurança do Estado de Direito interessa menos que toda a criminalidade seja perseguida, mas sobretudo que toda a delinquência grave em certo momento histórico seja enfrentada com êxito”.*

Portanto, nada adiantaria todo uma construção ideológica, por mais brilhante que seja, se não tivesse sua aplicabilidade de forma prática no cenário da política criminal e principal no combate a criminalidade mais grave que são a violenta e propriamente a organizada. Assim por melhor que seja o modelo científico elaborado, de nada adiantaria se não tivesse concatenado com o sistema penal e a própria política criminal estatal.

Assim, a política criminal não estaria adstrita apenas a determinar como deve ser a reação penal, mas como de escolher aquilo contra o que deverá reagir-se, com mais ou menos formalidade, e pela forma que será feita esse procedimento, com maior ou menor intensidade.

Nas palavras de Fernando Fernandes<sup>63</sup>: *“Propõe-se, pois, a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientam o Sistema Jurídico – Penal como um todo”.*

Assim sendo, como um espelho, a política criminal deve ter seu reflexo visto, dentro do processo penal, visando assim resguardar além dos direitos fundamentais e processuais, como também garantido uma política estatal voltada para o combate a criminalidade.

Como é cediço o processo penal precisa ser garantidor, mas ao mesmo tempo eficiente, permitindo a consagração do sistema punitivo. Esse é um grande desafio nos dias atuais, diante de uma sociedade complexa, e de uma alta taxa de demandas ao judiciário, mormente no Brasil, principalmente relacionado as altas cifras de criminalidade, sejam elas de menor potencial ou ainda as de alta periculosidade.

Acima de tudo é preciso que seja respeitado o momento processual e a ser aplicada a pena, pois a justiça tardia não serve a ninguém, a pena deve ser aplicada o quanto antes ao delito, isso se explica, mormente por ser somente assim que o delinquente teria melhor noção de seu feito, e ajudaria também na política criminal de forma preventiva.

Essa funcionalidade do Direito Processual Penal possui uma razão de ser, é facilmente visto quando falamos da capacidade funcional do Direito Penal material. Conforme já citamos anteriormente, o Direito Penal e o Direito Processual Penal, estão umbilicalmente juntos, em razão disso, um

---

<sup>63</sup> Fernando Fernandes. Processo penal como instrumento de política criminal, Almedina, pág.53

processo penal com todas as garantias fundamentais asseguradas, em nada adiantaria, se essas garantias também não fossem replicadas no direito material.

Por outro lado, além de ter garantias de um processo que garante direitos ao culpado como ao inocente, também deverá ser funcional, para assim permitir que a justiça se desenvolva de forma célere e eficiente, essas características são juntas o grande desafio atual do processo penal moderno.

Nas palavras de Fernando Fernandes<sup>64</sup>: *“Assim se o Direito Processual penal deve prescrever-se e actuar-se de modo a oferecer-se “como um instrumento jurídico para uma válida e eficaz luta contra o crime, pela realização do direito criminal, não deve traduzir menos uma garantia jurídica dos cidadãos”.*

Dessa forma, fica latente que o Estado Democrático de Direito deve ser garantista, resguardando por um lado os direitos do cidadão contra as investidas desproporcionais do poder estatal, mas ao mesmo tempo, deve garantir que esse direito não torne o sistema obsoleto e sem qualquer propósito, pois assim estaríamos implantando uma política criminal falha, a ponto de inviabilizar a principal finalidade do Direito que seria a garantia da paz social.

Dito isso, qual seria a solução para a convivência pacífica entre garantia e celeridade. Será que estaríamos diante de um dilema, onde devemos sacrificar um em benefício de outro. Muito pelo contrário, os dois devem conviver harmonicamente, garantindo assim um equilíbrio saudável entre uma e outra. Para assim, garantir a correta funcionalidade, devemos encarar tal problemática em uma perspectiva em que se enxergue o que é ou não essencial para a correta e justa tramitação processual.

Nesse sentido o professor Fernando Fernandes<sup>65</sup> afirma: *“Tudo se resume, pois, em introduzir no seio do próprio processo legal – sem prejuízo para os seus postulados essenciais – mecanismos tendentes à obtenção da sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessária”.*

Assim, chegaríamos a conclusão clara de que não poderíamos admitir um processo penal que não respeitasse as garantias fundamentais, mormente aquelas estabelecidas e jungidas com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, fazendo uma análise sobre as reais funções do processo penal, e para isso, demonstrando com clareza, sua função muito maior do que a mera instrumentalidade diante do Direito Penal, podemos avançar e abordar a temática núcleo dessa tese que seria a colaboração premiada.

<sup>64</sup> Fernando Fernandes. Processo penal como instrumento de política criminal, Almedina, pág.58.

<sup>65</sup> Fernando Fernandes. Processo penal como instrumento de política criminal, Almedina, pág.65

Tudo que foi dito anteriormente, reflete o pensamento mais moderno do processo penal como instrumento de política criminal. Fica evidente que o Brasil, assim como outros países que vivenciaram a ação impiedosa de grupos criminosos organizados, adotou um sistema mais duro, buscando assim maior êxito na política criminal de combate as organizações criminosas.

É dessa forma que o tema deve ser enfrentado, e assim que iremos demonstrar a seguir, pois somente dessa forma, a colaboração como instrumento de política criminal, inserida como meio de obtenção de prova, e que estaríamos nomeando uma forma tão poderosa de investigação diante da complexidade de se investigar algumas práticas criminosas.

#### **4.3 - O combate ao crime organizado como uma política de Estado.**

Muito se fala sobre o combate ao crime organizado e suas ferramentas fundamentais para que tal esforço seja exitoso, mas poucos afirmam como tal esforço deve se desenvolver para que esse fim seja alcançado.

O Brasil no decorrer das décadas, deixou de efetivamente fazer o dever de casa em relação ao combate a esta forma de criminalidade e atualmente encaramos seus efeitos nefastos com algo pertencente ao cotidiano, ou seja, do dia a dia.

O que se infere de tudo isso? Que o combate ao crime organizado deve ser efetivamente uma política de Estado e não de governo. Deve ser algo contínuo, organizado, pois da mesma forma que o crime se organizou para auferir maiores lucros, assim devem ser as políticas estatais, para deste maneira alcançar a melhor forma de combate-los.

O que nós vivenciamos é uma guerra diária, assim sendo, a conjugação de esforços entre a Polícia, Poder Judiciário e Ministério Público deve ser especializada, não pode um juiz que trata de crimes comuns, estar envolvido na mesma proporção e conjuntamente no trato da criminalidade organizada. Assim como não pode um promotor ou procurador, dividir tarefas entre a criminalidade comum e a organizada.

É preciso uma especialidade, um olhar diferente, experiência e treinamento, para que se possa perceber os meandros de uma organização criminosa. Na mesma proporção inadmissível não existir uma Promotoria ou Procuradoria especializada em crime organizado, bem como destacamentos especializados de policiais com a experiência e vivência suficientes em investigar as organizações criminosas.

A criminalidade organizada pode ser comparada a uma doença, caso não haja um tratamento adequado, essa doença pode se espalhar e afetar diretamente todo o corpo, colocando em risco a vida do paciente que nesse caso seria o Estado.

Nas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni<sup>66</sup>: *“Nesse ponto, é bom lembrar, em analogia com as ciências biológicas, que se trata de fenômeno semelhante àquele que ocorre entre a doença e a vacina. Surge a doença, após algum tempo ela é verificada, estudada, profundamente analisada, no menor período de tempo possível de molde a minimizar as consequências, sempre gravosas que dela decorrem e então os cientistas se debruçam em pesquisas para encontrar a vacina. ”*

Portanto, deve o poder estatal verificar o fenômeno criminológico, para estudá-lo e logo depois tomar medidas necessárias para o seu correto enfrentamento. Normalmente, pela prática mundial, percebeu-se que a tomada de algumas medidas melhora a situação criminológica. Tais medidas podem ser elencadas da seguinte forma. A primeira delas diz respeito as bases para atuação das forças estatais, ou seja, qual terreno estão atuando, qual tipo de organização criminosa está sendo combatida.

Assim sendo, as bases são o campo de atuação, qual fonte financeira sustenta tal organização e por fim qual a rede institucional trabalha para a sua proteção. Esse seria basicamente o planejamento para a atuação da força estatal. Com a identificação desses três tópicos, conheceríamos qual atividade criminosa a organização explora, saberíamos qual a fonte financeira dela e como lava o dinheiro e por fim descobriríamos quem acoberta essa atividade e fornece segurança para que os criminosos atuem com maior liberdade possível.

Sabendo todos esses dados, é possível traçar uma estratégia para o seu enfrentamento, primeiramente devemos trabalhar com a inteligência, em Portugal tal nomenclatura encontra amparo nos sistemas de informações. Nele é que podemos ter um parâmetro geral e um norte para as investigações, devemos ainda lembrar que sistemas de informações não se confundem com a investigação formal realizada pelo poder estatal, em verdade, seria um erro colocar os dois conceitos em um mesmo pote.

Nas palavras de Rui Pereira e Alice Feiteira<sup>67</sup>: *“...a atividade de produção de informações, ou de intelligence, no Estado de Direito democrático destina-se a municiar os decisores políticos, ou outros destinatários legítimos, de*

<sup>66</sup> Marcelo Batlouni Mendroni, Crime Organizado, aspectos gerais e mecanismos legais, editora atlas. Pág. 167.

<sup>67</sup> Rui Pereira e Alice Feiteira, Produção de informações, in AAVV, Enciclopédia de Direito e Segurança (coordenação de Jorge Bacelar Gouveia e Sofia Santos), Coimbra, 2015, p.341.



*conhecimento que permita reduzir o nível de incerteza, pelo que requer uma forma estruturada de análise de informações disponível, que devidamente valorada e agregada, contribuirá para essa tomada de decisões”*

Da mesma forma, aplicamos o entendimento acima para a inteligência policial, as decisões mencionadas estariam voltadas para o efetivo combate a uma forma de criminalidade, mais precisamente que auxiliam a atividade policial, na seara de sua atividade imanente.

Mesmo que as informações não sejam aquelas que orbitam na seara de decisão dos chefes de Estado, elas não perdem sua utilidade, muito pelo contrário, dentre as várias espécies, essas são as mais populares e mais presentes no cotidiano.

Nas palavras de Jorge Bacelar Gouveia<sup>68</sup>: *“Não se deve desconsiderar o restante das abundantes categorias de informações que, não sendo estratégicas ou de Estado, servem um propósito de auxílio à decisão que deva ser tomada pelos órgãos públicos...”*

Prosseguindo em nossa análise, após a averiguação, por meio do trabalho de inteligência, identificaremos o grupo criminoso, a partir daí vem o maior trabalho, pois uma conjugação de esforços será necessária para o seu efetivo enfrentamento. Assim, a atuação do Poder Judiciário, com um juiz de garantias (juiz de instrução criminal em Portugal), especializado no tema, bem como uma promotoria ou procuradoria (dependendo da esfera, se estadual ou federal), para atuação direta nos casos que envolvam o crime organizado e por fim, delegacias especializadas em combate ao crime organizado, atuando de forma orquestrada, dariam resultados satisfatórios.

Nas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni<sup>69</sup>: *“A implantação de estrutura adequada para o combate eficaz ao crime organizado é inadiável. Deve ser fornecida prioritariamente pelos Governos, Federal, em relação aos órgãos federais que necessitam estar envolvidos e pelos Governos estaduais, também na esfera de atuação estadual em relação aos respectivos órgãos. Trata-se de imperiosa necessidade de investimento, a ser executada dentro da maior celeridade que a lei possa conceder, pois o desperdício de tempo significa também o desperdício do próprio dinheiro público”.*

As medidas acima mencionadas não são uma receita de bolo previamente pronta, mas ao menos um norte nas medidas estruturais que devem ser adotadas para o enfrentamento dessa forma de criminalidade. É preciso encarar um problema de forma mais profissional, e com maior seriedade e atenção que o caso requer.

<sup>68</sup> Jorge Bacelar Gouveia, Direito da Segurança, Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo. Pág. 701.

<sup>69</sup> Marcelo Batlouni Mendroni, Crime Organizado, aspectos gerais e mecanismos legais, editora atlas. Pág. 170.



De outra forma a estrutura estatal e a vida da sociedade é posta constantemente em risco, e medidas paliativas são ineficazes, tendo em vista que o crime organizado potencializa diretamente a macro criminalidade.

Portanto, percebemos que o trato com o crime organizado não é uma tarefa para amadores, quanto mais profissionalismo melhor, contudo, de nada adiantaria, caso não existisse ferramentas legais para o seu correto enfrentamento.

Diante de um Estado Democrático de Direito, o Estado se submete a legislação e somente pode realizar atos que estejam estabelecidos em lei. Diferente não seria com os instrumentos que cuidam do combate ao crime organizado.

É nesse sentido que iremos abordar a diante.

#### **4.4 - Meios legais para o combate ao crime organizado.**

##### **4.4.1 – Meios legais para o combate ao crime organizado no Brasil.**

Conforme afirmamos anteriormente, para o correto enfrentamento ao crime organizado, deve o Estado garantir estrutura para que isso ocorra, contudo, de nada adiantaria uma estrutura pronta se não houvesse uma legislação coesa a permitir uma ação contundente das forças legais.

Nesse sentido, durante décadas o Brasil vem desenvolvendo uma legislação coerente para o enfrentamento ao crime organizado, assim, além da própria legislação codificada, existem leis que foram criadas com o propósito, direta ou indiretamente, de enfrentar as organizações criminosas.

Podemos listar em ordem cronológica as seguintes leis e temas: **lei 8.137/1990** (define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências); **lei 9.296/1996** (regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal), ou seja, lei da interceptação telefônica e telemática; **lei 9.613/1998**. Devidamente atualizada pela lei **12.683/12** (dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei, cria o conselho de controle de atividades financeiras (COAF), e dá outras providências; **lei 9.807 de 1999**, estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal; **Decreto nº 5.015/2004**. Promulga a

Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, adotada em Nova York, e consiste em promover a cooperação para prevenir e combater de forma eficaz a criminalidade organizada transnacional; **lei 12.694/2012**. Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, (juiz sem rosto); **lei n.º 12.846/2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; **lei n.º 12.850/2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações correlatas e o procedimento criminal; **lei 13.964/2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

A legislação acima citada, municiou as forças legais (Judiciário, Ministério Público e Polícias) de vários instrumentos viáveis para o combate as organizações criminosas, dentre eles podemos citar os principais.

- Busca e apreensão
- Sequestro de bens
- Colaboração premiada
- Interceptação de comunicações
- Captação ambiental
- Afastamento do sigilo fiscal
- Afastamento do sigilo bancário
- Agente infiltrado
- Ação controlada
- Ação monitorada

Não iremos abordar todos os meios de obtenção de provas acima citados, por não ser o objetivo principal dessa tese e ainda por já ter abordado os meios de obtenção de prova de mais utilizados nos primeiros capítulos.

Esse rol de medidas, serve apenas para demonstrar como a atuação legiferante do estado é importante, haja vista que a evolução criminal deve ter sempre um acompanhamento das políticas criminais e principalmente do próprio legislador.

#### **4.4.2 – Meios legais para o combate ao crime organizado em Portugal.**

Em Portugal a legislação inicialmente citada, tratou muito bem do tema que visava o combate ao crime organizado, diferentemente da legislação brasileira, o apego a definição de organização criminosa, é extraído diretamente do próprio Código Penal português.

Existem, porém, outros dispositivos legais que de fato não foram citados no decorrer desta tese, e sua menção se mostra primordial. Assim sendo, iniciemos pela abordagem da lei 5/2002.

Esta lei estabelece de uma forma geral, medidas de combate a criminalidade organizada e económico-financeira, diferente da legislação brasileira, estabelece um rol de crimes onde a lei número 5 estaria em incidência. Assim, as criminalidades a serem combatidas seriam tráfico de estupefacientes; terrorismo e organizações, tráfico de armas, tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção ativa e passiva, peculato, participação económico em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa, pornografia infantil, lenocínio de menores, danos informáticos, tráfico de pessoas, contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda, lenocínio, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados.

Assim sendo, a estas formas de criminalidade que estaria a incidência da lei, mas, quais ações estariam encobertas por esse diploma legal, a resposta é bastante clara e em bom tom, o ataque ao coração da atividade criminosa, que seria justamente a atividade financeira do grupo criminoso.

Portanto, para clarificar as medidas que podem ser tomadas com base no teor da lei, podemos enumerar as principais ações adotadas.

- Quebra de segredo
- Registo de voz e imagem
- Perda de bens a favor do Estado

Dessa forma, não podemos apenas considerar uma única lei para o enfrentamento ao crime organizado, Portugal igualmente o Brasil, assim como a realidade da Europa, vivem uma constante atualização visando o combate a criminalidade organizada.

Mormente, a barreira estabelecida pela a definição da criminalidade organizada encontra amparo no art. 299 do CPP (Código penal português), essa é a principal baliza que utilizaremos para a definição.

Além disso, podemos vislumbrar, em uma análise da legislação do sistema criminal algumas especificidades, o Art. 1 al. m do CPP estabelece o que seria criminalidade altamente organizada,

ainda podemos citar outros dispositivos, art. 160 do CP que trata do tráfico de pessoas, art. 87 da lei 5/2006 que trata das armas e munições, a corrupção (art. 373 e 374 do CP), tráfico de estupefacientes (decreto-lei n.º 15/93), tráfico de influência (335 do CP), participação económica em negócio e branqueamento (377 do CP).

Não poderíamos deixar de citar, durante este estudo, das ações encobertas desenvolvidas pela polícia portuguesa com amparo na lei 101/2001. No Brasil a ação encoberta é conhecida como agente infiltrado e passou a ter previsão com a edição da lei 12.850/2013.

Andou bem o legislador português, ao estabelecer limites para que a ação encoberta fosse utilizada, novamente com o rol de crimes aos quais a lei seria aplicada. Assim sendo, somente se aplicaria aos crimes definidos no art. 2º da lei 101/2001, não abrindo margem para outras formas de criminalidade.

Neste mesmo sentido a lei do cibercrime (lei 109/2009), que visa combater a criminalidade digital, e segundo o próprio texto da lei, tem como objetivo estabelecer disposições no direito penal e processo penal, assim como a cooperação internacional em matéria penal, direcionadas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico.

O art. 15 número 6 remete o procedimento de pesquisa em dados informáticos, podem ser utilizados os mecanismos legais da busca disciplinados no próprio CPP. Ainda há inovação com relação a apreensão de dados informáticos, nos termos estipulados pelo art. 16 números 1 a 8 da lei do cibercrime.

Um ponto interessante, previsto na legislação portuguesa, diz respeito a atenuação especial prevista na lei 36/94 que visa o combate a corrupção e criminalidade económica e financeira. Percebemos claramente em seu art. 8º é estabelecido que haverá a possibilidade de atenuação de pena, caso haja auxílio do agente na recolha das provas decisivas para a identificação ou captura dos demais responsáveis.

Enfim, ao vermos todos os dispositivos acima citados, tanto em relação a legislação portuguesa, como a brasileira, percebemos o esforço estatal no enfrentamento ao crime organizado. Esse é um fator fundamental, dar ferramentas legais suficientes para que os órgãos estatais de repressão possam atuar corretamente, dentro de uma política criminal coesa, para assim combater a criminalidade organizada da melhor forma.

É de fácil constatação a constante evolução tanto da legislação brasileira quanto da portuguesa, tentando se amoldar aos novos tempos, onde a criminalidade se moderniza, atuando em outros

campos, como da cibercriminalidade, ou ainda com a permissão de busca domiciliar noturna nos casos de criminalidade especialmente violenta.

Assim, continuando com o tema proposto, podemos avançar e abordar o núcleo da colaboração premiada.

#### **4.5 - Colaboração premiada aplicada ao Direito brasileiro.**

##### **4.5.1 - Colaboração premiada e análise conceitual.**

A colaboração premiada, ou mais comumente conhecida como delação premiada, passou a existir com essa definição no ano de 2013 com a edição da lei 12.850/2013. Segundo a própria lei, ao que tudo indica, sua origem remonta o acordo de vontade entre as partes, com a clara aplicação do Princípio do Consenso.

Segundo a definição de Élzio Vicente da Silva Ribeiro e Denisse Dias Rosas<sup>70</sup>, colaboração premiada seria: “... *Meio de obtenção de prova, por meio de fonte humana que cometeu ato criminoso e que, com a confissão hiperqualificada, auxiliará o Estado na destruturação de organização criminosa e poderá, ao término do devido processo legal, receber um dos benefícios estabelecidos na lei, caso efetiva e voluntária a colaboração, com aplicação e mensuração que serão definidas pelo juízo competente, de acordo com a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso e a eficácia dessa colaboração*”.

Ainda nessa análise conceitual, vemos a definição de Marco Polo Levorin<sup>71</sup> como muito pertinente, portanto, ele entende que: “*Em que pese a expressão pretender demonstrar ser o aderente um “colaborador” da justiça, a essência do instituto é um negócio (acordo) para a identificação dos outros autores e partícipes (autoria) em troca da obtenção de perdão/ redução da pena ou sua substituição por uma restritiva de direitos*”.

Diante disso percebemos claramente com a colaboração premiada, nomenclatura mais atual, é um meio de obtenção de prova, sob a roupagem de um negócio jurídico que visa, por um lado, conceder benefícios processuais e por outro lado, otimizar a fase de persecução penal e melhor apuração do crime organizado e suas vertentes.

Dessa forma, em uma análise do texto legal, podemos conceituar colaboração premiada como um negócio jurídico processual ou extraprocessual de investigação criminal (meio de obtenção de

---

<sup>70</sup> Élzio Vicente da Silva e Denisse Dias Rosas, Colaboração premiada e investigação, editora Novo Século, pág.39.

<sup>71</sup> Marco Polo Levorin, Delação premiada, editora Paco Editorial, pág.72.

prova), que depende da manifestação do investigado (voluntária), e tem como objetivo alcançar o melhor resultado possível na atividade investigativa das organizações criminosas.

Tratando da natureza da colaboração premiada, Marco Polo Levorin<sup>72</sup> leciona: “*Sendo um instituto de direito processual penal, o art. 3, inc. I da lei 12.850/2013, caracteriza a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova. A delação premiada consiste num instrumento para colher prova, fundada num utilitarismo manifesto no interesse da persecução criminal para alcançar (a partir de meios a serem identificados pela delação) a responsabilidade criminal de outros integrantes da organização criminosa e no interesse do delator no perdão judicial, diminuição ou substituição da pena privativa de liberdade ou, ainda, na imunidade judicial*”.

Portanto, a colaboração premiada, possui características próprias, e muito especiais, haja vista que não é um meio de obtenção de prova usual. Vemos ainda, que mesmo diante de tantos avanços em relação as investigações e propriamente as punições que geram, há críticas enormes com relação ao tema, o que de fato iremos abordar logo a seguir.

#### **4.5.2 – Colaboração premiada e o Direito comparado.**

Muito se fala que a colaboração premiada é algo imoral e ilegal, mas há previsão legal em alguns países o que nos permite afirmar que não é uma invenção brasileira, muito pelo contrário, o sistema brasileiro foi inspirado em legislação estrangeira.

Começemos pela legislação inglesa, onde há tratamento especial a criminalidade organizada, no diploma legal nomeado *Crime and police Act 2005*, além de regulamentar as questões atinentes as vítimas e testemunhas, tem previsão em seu capítulo 2.71, o instituto denominado *immunity from prosecution*, onde permite ao membro do Ministério Público, no contexto de uma investigação criminal, oferecer imunidade de acusação, caso exista colaboração com informações úteis à apuração do delito.

Outro país que fez uso da colaboração premiada, e foi bastante emblemático na história é a Itália, famosa por sua luta contra a máfia, teve que implementar uma legislação a altura para fazer face a sua realidade. Portanto, para que pudesse enfrentar a prática criminosa, instituiu a lei *Misure per la Difesa Dell Ordinamento Costituzionale*, nesta lei foi instituído uma forma de benefício em troca do reconhecimento da prática de crimes e seus coautores. Para que o benefício fosse aplicado deveria

---

<sup>72</sup> Marco Polo Levorin, *Delação premiada*, editora Paco Editorial, pág.73.

haver previamente a escolha de um rito processual, podendo ser *giudizio abbreviato*; *patteggiamento*; *giudizio direttissimo*, *giudizio immediato* e *procedimento per decreto*.

Todas essas formas processuais, visam de uma forma geral uma negociação ou há categoricamente a presença da redução de pena em troca da colaboração.

Na Espanha existe a possibilidade de delação (intitulada arrependimento) para os crimes que envolvam o terrorismo, onde o prêmio seria a a redução da pena ou propriamente sua extinção. Há ainda previsão no Código Penal Espanhol em seus arts. 359.3, 368 e 376 para a delação nos casos de tráfico de drogas e 579 para os casos de terrorismo.

#### 4.5.3 – Críticas a colaboração premiada.

Muitas críticas são feitas a esse modelo de meio de obtenção de prova, afirmando que é antiética, entendemos de forma contrária, afinal, foi posto em disponibilidade pelo ordenamento jurídico, um mecanismo altamente eficaz para o combate a criminalidade organizada.

Comungamos com as palavras de Marcelo Batlouni Mendroni<sup>73</sup>: “....*Alguns sustentam, por isso mesmo, que se reveste de prática antiética. Não concordamos com esse raciocínio, porque se busca exatamente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalam de forma mais agressiva a ordem pública*”.

Importante ressaltar uma diferença, que na maior parte das vezes passa despercebido, e isso é o grande intuito dessa tese, afirmar categoricamente que a delação premiada e a colaboração a justiça não são sinônimos. Assim sendo, nas palavras de Natalia Oliveira de Carvalho<sup>74</sup>: “... *destaca-se que a delação premiada e colaboração a justiça não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da persecutio criminis, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, caso em que é mero colaborador, não havendo, inclusive, que se levantar questionamentos éticos acerca de seu ato. De maneira diversa, pode o colaborador confessar seu envolvimento na prática delitiva e apontar outros coenvolvidos, hipótese em que configura-se a delação premiada*”

Outro ponto bastante criticado está relacionado ao ônus probatório, há alguns juristas que defendem o entendimento que a delação premiada acaba por tirar o ônus probatório do Estado e trazê-lo para o colaborador. Entendo que essa visão é equivocada, isso porque há de fato previsão

<sup>73</sup> Marcelo Batlouni Mendroni, Crime Organizado, aspectos gerais e mecanismos legais, editora atlas. Pág. 186.

<sup>74</sup> Natalia Oliveira Carvalho, A delação premiada no Brasil, Editora Lumen Juris, Pág. 113.

em diversos sistemas jurídicos, onde podemos incluir, Brasil e Portugal, que admitem a participação do réu como colaborador em uma investigação.

Assim, com propriedade, Nefi Cordeiro<sup>75</sup> Leciona: *“Diversos são os exemplos, porém, em que colabora o próprio acusado para a demonstração de sua culpa, diminuindo em contrapartida a necessidade de carga probatório estatal. Isso classicamente se dá pela confissão voluntária, além de várias outras provas pessoais, como a reconstituição do crime, admissão de exames laboratoriais em seu corpo, colheita voluntária de elementos gráficos ou de voz para o reconhecimento... São situações anormais de colaboração para o justo, com prejuízo pessoal ao réu que, por outro lado, tem como justa resposta uma redução da pena final”*.

Há de se ressaltar que não estamos tratando de favores judiciais, muito pelo contrário, devemos enxergar a colaboração premiada como um negócio jurídico processual, nesse sentido, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do HC 127.483<sup>76</sup>: *“A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”*.

É preciso enxergar a colaboração premiada como uma ferramenta excepcional, prevista em um rol legal de medidas que visam combater a criminalidade atípica, excepcional, mais complexa. Dando um tratamento a altura do problema.

Há outras correntes contrárias, afirmando que o sistema Garantista e acusatório não se amoldaria com a colaboração premiada, tendo em vista que essa tem inspiração no movimento lei e ordem. Nesse sentido são as palavras de Bruno Utsch Mesquita<sup>77</sup>: *“... o Brasil é um Estado Democrático de Direito que optou pelo sistema Garantista por observar os axiomas garantistas propostos por Ferrajoli, ressaltando, porém, que “não há nenhuma possibilidade de se admitir a compatibilidade de institutos da justiça negociada, colaboração do acusado ou delação premiada com o Sistema Garantista”*.

#### **4.5.4 – Fases da colaboração premiada no sistema brasileiro e sua formalidade à luz da lei 13.964 de 2019.**

<sup>75</sup> Nefi Cordeiro, Colaboração Premiada, Editora Forense, pág. 14.

<sup>76</sup> HC 127483, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, Dje-021 Divulgado 03.02.2016, publicado 04.02.2016.

<sup>77</sup> Bruno Utsch Mesquita. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, n.º 9, p. 487-530, 2015.



Embora existisse a possibilidade da atenuação da pena nos casos de colaboração, em outros diplomas legais brasileiros, v.d. art. 41 da lei 11.343/03<sup>78</sup> que trata do tráfico ilícito de drogas, não houve, por parte do legislador, uma previsão específica, que municiasse os investigadores com tantas ferramentas que combatesse especificamente o crime organizado, como com o surgimento da lei 12.850/2013.

Portanto, é importante ressaltar, que a colaboração premiada não é meio de prova e sim um meio de obtenção de prova. Gustavo Badaró<sup>79</sup>, processualista brasileiro, leciona que *“meio de prova é a prova que serve diretamente para o convencimento do Juiz (depoimento de uma testemunha) ao passo que o meio de obtenção de prova, são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova (busca e apreensão) e servirão, dependendo do resultado, somente indiretamente ao convencimento do magistrado”*.

Importante salientar que há realmente diferenças entre a colaboração premiada e a delação premiada. A colaboração premiada, o colaborador admite a culpa e contribui com detalhes do esquema criminoso, mas sem indicar outras participantes do esquema criminoso, o art. 4<sup>80</sup> incs. III, IV e V descrevem condutas do colaborar, sem, no entanto, citar outras figuras (agentes) que estejam sendo delatados, ao passo que na delação premiada, não obstante assumir a conduta criminosa, o

---

<sup>78</sup> Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

<sup>79</sup> Badaró, Gustavo. Processo penal. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p.270

<sup>80</sup> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

colaborador atribui culpa a outras pessoas (art. 4 incs. I e II), alargando assim o procedimento investigatório.

Fazendo essa distinção entre colaboração premiada e delação premiada, podemos avançar e detalhar os atores jurídicos que estariam aptos formalizar esse acordo.

Diferentemente da realidade Portuguesa, conforme expressa previsão na lei<sup>81</sup> 49/2008, que estabelece a competência do Ministério Público como órgão oficial de investigação, com apoio técnico e operacional das polícias, no Brasil, o órgão oficial de investigação continua nas polícias judiciárias, havendo assim uma bipartição.

A lei da organização criminosa, conforme expressa previsão legal, admite que o acordo de colaboração seja firmado entre delegados de polícia e o investigado, na fase do inquérito (investigativa) ou ainda entre o Ministério Público e o investigado ou dependendo da fase, acusado (processo criminal em trâmite).

Muito se questionou, se o Delegado de Polícia, poderia firmar acordo de colaboração premiada, haja vista que cabe ao Ministério Público, como órgão acusador, a possibilidade ou não ofertar a denúncia (ação penal).

Tal tema foi submetido a Corte Constitucional Brasileira para se pronunciar, tendo como principal argumento a ofensa a titularidade da ação penal e ainda o dever da polícia investigativa não se imiscuir em um campo que não é seu propriamente.

No entanto, conforme o julgado (Adi 5508/DF)<sup>82</sup>, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a participação do Delegado de Polícia em celebrar acordo de colaboração premiada e ainda propor benefícios, não afronta a Constituição Brasileira, isso se justifica, pois, os órgãos de investigação e de propositura da ação penal devem estar cooperados, atuando conjuntamente e não haveria ainda usurpação de função, pois cabe, unicamente ao Juiz (Judiciário), o poder de punir.

Por essa razão, fazendo um raciocínio, houve uma acomodação do Delegado no sistema de colaboração premiada, pois, ele exerce a função investigativa oficial do Estado no Brasil, função

---

<sup>81</sup> Artigo 2.º

Direcção da investigação criminal

1 - A direcção da investigação cabe à autoridade judiciária competente em cada fase do processo.

<sup>82</sup> Processo eletrônico público, número único 40002017-27.2016.1.00.0000, Ação Direta de Inconstitucionalidade, origem: DF- Distrito Federal, relator Atual Min. Marco Aurélio.

essa desempenhada pelo Ministério Público no Estado Português, que faz parte, inclusive, do Poder Judiciário.

Convém mencionar que cabe ao Ministério Público se manifestar na proposta de colaboração premiada formulada pelo Delegado de Polícia, essa manifestação possui caráter vinculativo ao Juiz, cabendo a ele avaliar a legalidade na realização do acordo.

A legislação é muito clara ao estabelecer que o acordo de colaboração premiada pode ser realizado em qualquer momento, seja na fase investigativa, seja durante o processo criminal, ou até mesmo, durante o cumprimento de pena.

Ocorre que os benefícios auferidos seriam diferentes, dependendo do momento da celebração, isto se explica, pois aquele que celebra acordo de colaboração, caso já esteja cumprindo pena, não poderá, por exemplo, ter como benefício o perdão judicial.

Após essa breve introdução, seguiremos e abordaremos as fases no processo de colaboração premiada, mormente aquele praticado no Brasil.

A colaboração premiada no Brasil envolve um processo de três fases distintas. A primeira delas é a negociação e acordo, logo depois temos a homologação judicial e por fim temos a execução. Dessa forma podemos iniciar o nosso estudo abordando a fase de negociação, atualmente com a alteração legislação ocorrida em dezembro de 2019, foi regulamentada a fase de negociação e o sigilo que recobre a colaboração premiada.

Isso se explica, principalmente em razão de grande publicidade pela imprensa brasileira, de acordos de colaboração, cujo o andamento estava, em tese, sob sigilo. Tal publicidade obviamente prejudicava toda a parte investigativa e trazia à tona, possíveis alvos de operações policiais. Outra questão, e obviamente a mais grave, diz respeito a falta de regulamentação do tema mediante o estabelecimento de um procedimento, haja vista que a lei de combate ao crime organizado, criou a figura da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, mas não regulamentava o processo de colaboração, o que trazia uma enorme insegurança jurídica.

Assim, a lei 13.694/2019 veio elucidar e tratar melhor tal temática, a fim de afastar qualquer forma de prejuízo as investigações, mediante esta alteração legislativa.

Diante disso, o art. 3.-A da lei supracitada estabelece primeiramente a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, conforme já demonstramos anteriormente, e que ficou evidente no decorrer deste trabalho, a colaboração premiada, segundo a visão da lei, é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova.

Definida, portanto, sua natureza, avancemos e abordamos a iniciativa do acordo, conforme própria previsão legal, a proposta deve partir da parte acusada, conforme se depreende do art. 3 – C. Assim cabe a parte investigada, realizar a proposta, instruindo esta com a procuração do interessado, caso seja realizado somente pelo advogado, ou firmadas pessoalmente com a presença do acusado e seu advogado.

A delimitação legal, que estabelece o início das tratativas e também do sigilo interno, é o recebimento da proposta de colaboração. As consequências para a quebra do sigilo, são delimitadas pela própria lei, podemos assim elencar algumas delas: violação do sigilo, quebra da confiança e da boa –fé.

Convém ressaltar que o fim do sigilo, somente é levantado, quando de fato houver o recebimento da acusação formal por parte do Ministério Público (denúncia), antes disso, o acordo deve permanecer sob sigilo.

Após o recebimento da proposta pelas autoridades, podendo ser o Delegado de Polícia ou membro do Ministério Público, haverá uma análise quanto a viabilidade tanto das informações como dos limites dos benefícios. Nesse caso, poderá a autoridade indeferir justificadamente a proposta, ou aceitar e iniciar as tratativas.

Vendo o Delegado ou Promotor/Procurador que as informações prestadas são de suma importância, e o benefício é viável, pode aceitar o início das tratativas, cabendo nessa fase formular o Termo de Confidencialidade. Este documento, tem como objetivo vincular as partes que estão negociando o acordo e evitar ainda o indeferimento posterior sem justa causa.

Obviamente por ser um negócio jurídico, as partes não podem desistir do acordo unicamente por capricho, ou ainda, por não ter atingido um objetivo almejado. Tudo isso deve ser estudado em fase anterior a própria aceitação da proposta, garantindo ao menos o mínimo de segurança jurídica ao processo de colaboração.

Conforme já afirmamos anteriormente, por ser meio de obtenção de prova, a colaboração premiada não retira o ônus probatório estatal, e isso está previsto na própria legislação (art 3-B §4º), onde reconhece a possibilidade de instrução, quando houver necessidade de uma investigação complementar, e na maior parte das vezes confirmação da veracidade das informações prestadas. É claro que os órgãos de persecução penal não podem ficar inertes e aceitar como se tudo fosse verdade, o que está sendo dito ou apresentado documentalmente pelo investigado. Por essa razão, é um dever realizar uma confirmação dos fatos e documentos apresentados.

Prosseguindo em nosso estudo, vale lembrar se por algum motivo, o acordo não for celebrado, unicamente por iniciante do celebrante (órgãos de persecução penal), as informações prestadas não poderão ser utilizadas em qualquer hipótese, resguardando assim o princípio da boa-fé no negócio jurídico. Em outras palavras, não poderá a Polícia ou Ministério Público utilizar as informações ou provas apresentadas, como confissão, por exemplo, para aprofundar as investigações.

No conteúdo da delação deve constar a narração de todos os fatos ilícitos que o proponente participou, e que tenha relação direta com os fatos investigados. Essa pertinência temática é de suma importância, tendo em vista que a colaboração nesse sentido, estaria voltada para aprimorar o objeto da investigação. Nada impede que outros fatos sejam revelados, mas que tenham ao menos conexão com o objeto investigado. Isso de certa forma, evita que o foco da investigação seja desvirtuado e a polícia perca tempo, com outras situações que não digam respeito ao que está sendo investigado.

A instrução da colaboração deve acompanhar além dos fatos devidamente descritos, também com anexos, isto mostra que ao menos deve existir um fundo de verdade no que se afirma, um embasamento do que está sendo dito, além disso, deve vir acompanhada com as provas e elementos de prova para sua confirmação.

Então, a imagem de uma pessoa falando muitas coisas sem propriedade alguma deve ser afastada. Muito se propaga essa imagem da colaboração premiada, mas em verdade, isso não acontece. O que é dito deve ser confirmado, não vivemos em mundo de suposições, e para haver qualquer tipo de condenação em processo regular, palavras por si só não se sustentam.

Confirmando esse entendimento a previsão encartada no art. 4º §16º, onde expressamente há vedação de medidas judiciais, com base unicamente em colaboração premiada. Podemos assim enumerar: as medidas cautelares reais ou pessoais; recebimento de denúncia ou queixa-crime; sentença condenatória. Assim, fica evidente que qualquer medida, seja cautelar, ou até mesmo de natureza resolutive (sentença), não poderá ser tomada apenas com base em afirmações.

Após superarmos a fase de negociação e celebração do acordo de colaboração, ele deve ser submetido ao juiz para sua homologação. Este ato apenas avalia a legalidade do que foi acordado, se foi preenchido os requisitos legais de todas as etapas.

O juiz nessa análise, não adentra no mérito do acordo, obviamente por ser negócio jurídico, não poderia o juiz alterar o que foi acordado, pois assim sendo, inviabilizaria o próprio instituto. Assim o art. 4º §7º cria algumas balizas para que o acordo seja homologado. Então há a necessidade do acordo ter regularidade e legalidade; há ainda a necessidade da adequação dos benefícios pactuados

com os definidos na lei, não podendo a proposta alterar o regime inicial de cumprimento de pena; deve ainda haver adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos e por fim que haja voluntariedade da manifestação de vontade, principalmente quando o investigado esteja sob efeito de alguma medida cautelar.

#### **4.5.5 – Benéficos auferidos pelo acordo de colaboração premiada.**

Os benefícios auferidos pelo acordo de colaboração premiada precisam ser atrativos, para que assim ao menos possamos almejar pôr fim a cadeia criminosa dentro do crime organizado. Isso se mostra bastante evidente, já que o sistema precisou evoluir a esse ponto, para tratar com mais eficácia a criminalidade complexa.

Os benefícios da colaboração exitosa podem ser enumerados, iniciando pelo perdão judicial, pode ainda o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia (acusação). Essas sem dúvidas são os prêmios máximos concedidos ao investigado, contudo devem preencher alguns requisitos para sua fruição, assim sendo, o colaborador não pode ser líder de organização criminosa, deve ser o primeiro a prestar a efetiva colaboração.

Caso já tenha sido realizada a acusação formal (denúncia) e o réu sentenciado o que de fato significa ter iniciado o processo criminal com sua resolução de mérito, há a possibilidade de redução de pena ou progressão de regime prisional, mesmo que contrária aos requisitos legais.

Assim em uma enumeração podemos afirmar que existem ao menos seis benefícios: perdão judicial, redução da pena, progressão de regime, substituição da pena privativa de liberdade, prorrogação da denúncia, acordo de imunidade judicial.

#### **4.5.6 – Hipóteses de rescisão do acordo de colaboração.**

O acordo de colaboração premiada não é algo imutável e prevê severas punições para aqueles que agem com má fé, e quebram a essência do instituto que é o compromisso de falar a verdade e não omitir fatos.

Assim sendo o §17º do art. 4 da lei 13.964/2019 prevê a possibilidade de rescisão do acordo quando houver omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração. Isso se explica mormente por ter acontecido um caso em que o Ministério Público efetuou um acordo de colaboração com um

famoso empresário do ramo de frigoríficos. Este em seu depoimento omitiu informações relacionadas aos fatos investigados. Posteriormente tudo foi descoberto e o acordo foi rescindido. Outro fato, que é suficiente para rescisão, diz respeito a continuidade delitiva. O colaborador deve cessar qualquer atividade criminosa, para assim usufruir do benefício, caso contrário em processo que assegure o contraditório, poderá ser rescindido o benefício.

Vemos então que de fato, ao colaborador, recai a carga do compromisso de dizer e verdade, assim como o dever de prestar esclarecimentos quando for regularmente convocado. Isso fica bastante claro quando vemos os art. 4 §14º onde há o compromisso de dizer a verdade e ainda a renúncia do direito ao silêncio.

#### 4.6 - Colaboração premiada aplicada ao Direito Português.

O crime organizado como conduta autônoma não tem previsão no ordenamento jurídico de Portugal, mais claramente podemos vislumbrar que a legislação que trata desse assunto é esparsa e encontra-se pulverizada no ordenamento jurídico Português.

Portanto, para analisar o crime organizado no contexto português, devemos partir do norte principal que seria o art. 299 do Código Penal português<sup>83</sup>. Lá é estabelecido a noção de associação criminosa, que seria promover ou fundar grupo, ou ainda fazer parte do mesmo, chefiar, apoiar e além disso, que estejam presentes um conjunto de 3 ou mais pessoas.

---

83

Artigo

299.º

Associação criminosa

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou quem os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3 - Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

5 - Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.

Percebe-se assim, que para existência da associação criminosa, pelo código penal português, na esteira da própria jurisprudência do TRC<sup>84</sup>, há a necessidade de congregação de 3 pilares: 1) um elemento organizativo; 2) um elemento de estabilidade associativa; 3) um elemento de finalidade criminosa.

Para amoldar a falta de um texto legal específico, visando melhor interpretar o art. 299 e trazer a realidade do crime organizado estruturado, Portugal adotou a decisão-quadro 2008/841/JAI<sup>85</sup>, para assim definir crime organizado. Esta decisão quadro, teve como objetivo criminalizar as infrações associadas à participação em organização criminosa.

No ordenamento jurídico Português, não se encontra nada parecido com que existe na realidade brasileira, muito pelo contrário, aqui apenas vê-se, como no passado brasileiro, a delação premiada de forma embrionária.

Ao tratarmos da colaboração premiada o Código Penal Português, em sua parte geral, possui a figura do arrependimento, contudo sem apresentar a nuances clássicas do Direito Premial. No entanto, essa figura fica mais latente, quando olhamos o art. 368<sup>a</sup> número 9 do CP e ainda a figura prevista no art. 374B número 2 alínea A.

Há ainda outras previsões legais que podemos claramente citar, art. 2 item 5 da lei 52/2003, art. 8 da lei 36/1994, art. 31 do decreto-Lei 15/1993. Tudo isso, mostra de forma clara que a colaboração premiada e a delação premiada, em suas terminologias próprias existem em Portugal, isso não se pode duvidar.

Há ainda previsão sobre o rito processual diferenciado, conforme as palavras de Marco Polo Levorin<sup>86</sup>: *“Neste contexto de justiça consensual, é importante destacar o processo abreviado (mais reduzido se comparado com o processo comum) português, identificado pela redução de prazos e diminuição de determinadas fases processuais. O órgão acusatório pode requerer este procedimento quando o crime for apenado com multa ou pena máxima até 5 anos, considerando a existência de prova simples (testemunhal ou documental) que demonstrem indícios de autoria e materialidade. Recebida a acusação, o juiz marcará data para realização do julgamento, com precedência sobre os julgamentos em processo comum (salvo os processos urgentes) ”.*

<sup>84</sup> AC. TRC de 27.11.2013 no processo 274/10.9JALRA-B.CI, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4d499d6f6a75c5e380257c3800385481?OpenDocument>.

<sup>85</sup> Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0011>

<sup>86</sup> Marco Polo Levorin, Delação premiada, editora Paco Editorial, pág.83.



Todos esses dispositivos legais citados, estão buscando de alguma forma garantir a concessão de prêmio para aqueles que venham a colaborar diretamente com as investigações criminais. Tais prêmios de uma forma geral são a redução da pena ou ainda dispensa da pena (perdão judicial).

Há vozes no campo jurídico português que afirmam que já existem mecanismos premiais no sistema, e que adotar uma legislação voltada para a delação premiada seria uma inovação falsa, isso de fato é verdadeiro.

Contudo, afirmar que o sistema é autossuficiente e que a previsão legal existente, por si só resolveria o problema do crime organizado, aí estaríamos faltando com a verdade.

De fato, a colaboração premiada, por ser um negócio jurídico processual, deve garantir segurança jurídica aqueles que estão celebrando o acordo. Assim, qual seria segurança que o membro de uma organização criminosa, atuante em solo português, teria com relação a sua atenuação da pena ou até mesmo eventualmente um perdão judicial.

Muito complicado seria celebrar um acordo, onde há um pacto de silêncio em uma organização criminosa, e sua eventual quebra é punida com a pena de morte daquele que está delatando. É preciso garantir que aquele que colabora tenha um percentual de redução estabelecido, ou até mesmo um regime de cumprimento de pena menos rigoroso, em outras palavras, na justiça consensual, as cartas devem estar postas na mesa, para que as duas partes avaliem o resultado das propostas.

No Brasil, existiam vários dispositivos premiais em vários textos legais<sup>87</sup>, que estabeleciam de uma forma geral a diminuição da pena em troca da colaboração do acusado. Esses textos legais, eram uma forma de delação premiada embrionária, pois, nunca na história do Brasil, havia-se feito uma inovação legislativa tão brusca, visando combater a criminalidade organizada.

Da mesma forma percebe-se que em Portugal, analisando o art. 299, tratou da matéria como no Brasil anteriormente a edição da lei da colaboração premiada. Assim, na própria descrição do art. 299 4<sup>88</sup>, a pena pode ser atenuada ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar para impedir a continuação do grupo ou ainda comunicar a autoridade a sua existência.

---

<sup>87</sup> Código Penal (arts. 15, 16, 65, III, 159, § 4º); • Crimes contra o Sistema Financeiro – Lei 7.492/86 (art. 25, § 2º); • Crimes contra a Ordem Tributária – Lei 8.137/90 (art. 16, parágrafo único); • Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 (art. 8º, parágrafo único); • Convenção de Palermo – Decreto 5.015/2004 (art. 26); • Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/98 (art. 1º, § 5º); • Lei de Proteção às Testemunhas – Lei 9.807/99 (arts. 13 a 15); • Lei de Drogas – Lei 11.343/2006 (art. 41); • Lei Antitruste – Lei 12.529/2011 (art. 87, parágrafo único)

<sup>88</sup>Artigo299.º

Associação criminosa 4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

É o que de fato acabamos de falar anteriormente, para que a colaboração premiada seja eficaz, é preciso conferir a ela sua natureza de negócio jurídico processual, para que assim ela tenha eficácia, caso contrário, não terá serventia alguma, quando nos depararmos com a criminalidade mais complexa e organizada, onde somente a quebra do silêncio é capaz de exterminar esta forma de criminalidade mais organizada.

## CONCLUSÃO

A colaboração premiada é um mal necessário criado pelo Poder Estatal, visando melhor punir e dismantlar as organizações criminosas. É de fato esse seu grande objetivo, tirar um pouco da carga probatória inerente a ele para que assim, seja possível mediante negociação processual melhor atingir o seu objetivo que é o combate à criminalidade mais complexa e organizada.

Não estaríamos falando que a colaboração premiada é uma panaceia para a resolução do problema, mormente originado pela prática do crime organizado, mas para efeito comparativo, estamos diante de um Estado doente e falho, que precisa de medidas urgentes e mais que necessárias para que possa enfrentar com mais eficácia essa criminalidade complexa.

Essa necessidade é tão urgente que valeria inclusive abrir mão de um de seus monopólios, inclusive a punição, para assim garantir que a criminalidade organizada e seu constante crescimento seja freada.

Diferentemente do que pensamos no início dessa tese, de fato, em Portugal existe sim a colaboração premiada e seus dispositivos deixam bem claro isso. Assim como no Brasil, antes da edição da lei 12.830/2013, Portugal trata a colaboração premiada de forma tímida e no mais das vezes ineficaz.

É por essa razão que este estudo buscou fazer um comparativo e assim analisar como os institutos se mostram semelhantes e ao mesmo tempo tão diferentes, pois buscam o mesmo objetivo, mas sem a mesma garantia e segurança jurídica que o instituto exige.

Há dessa forma necessidade de aprimoramento na legislação portuguesa, para que assim seja viabilizada a possibilidade de colaboração premiada e garantir que o colaborador tenha segurança jurídica suficiente para realizar o acordo.

Assim como ocorreu com o Brasil, tal instituto não nasceu pronto e acabado, muito pelo contrário, foi aperfeiçoado durante os anos e esse aperfeiçoamento continua constante, podendo citar inclusive a última com a edição no Brasil da lei 13.964/2019, onde foi estabelecido basicamente o procedimento legal a ser seguido durante a tratativa do acordo de colaboração premiada.

Por essa razão vemos a necessidade de alteração legislativa em Portugal, para que se amolde a política internacional, defendida inclusive pela ONU na Convenção de Mérida, e aplique de forma mais eficaz a política criminal, para combater a criminalidade mais complexa que seria aquela voltada para as organizações criminosas.

## BIBLIOGRAFIA

BOISTER, Neil. An Introduction to Transnational Criminal Law, Oxford University Press, 2012.

JESSUP, Philip. Transnational Law, New Haven: Yale University Press, 1956.

BALES, Kevin. Expendable people: Slavery in the age of globalization, School of International Public Affairs at Columbia University, 2000.

TANZI, Vito. Money Laundering and the international financial system, Washington, ed. IMF, 1996.

FERREIRA, Marcos Alan S. V. Trends in Organized Crime: Volume 22, pp. 148-165, Springer Nature, 2019.

RODRIGUES, Benjamin Silva. Da Prova Penal Tomo I, A prova científica: Exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas: Letras e conceitos, 2010.

GONÇALVES, Fernando e outro. A prova do crime: Coimbra, Almedina, 2009.

SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal – Volume II: Lisboa, Babel, 2011.

GUARNERI, Giuseppe. In La protection de la Vie Privée Dans les Instruments Internationaux: grafo editor, 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa. I Congresso de Processo Penal, De uma Danosidade social polimórfica: Almedina, 2005.

AVENA, Norberto. Manual de Processo Penal. 3 ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Interceptação telefônica: São Paulo, ed. Saraiva, 2015.

SILVA, Élzio Vicente da. Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. Barueri, São Paulo: Novo Século, 2018.

LEVORIN, Marco Polo. Delação premiada: uma abordagem a partir das políticas criminais garantistas e antigarantistas e da Constituição Federal. 1 Edição, Jundiaí (São Paulo), Paco, 2018.

CARVALHO, Natalia Oliveira de. A Delação Premiada no Brasil: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

CORDEIRO, Nerfi. Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BADARÓ, Gustavo. Processo penal. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012.

MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, n.º 9, Brasília, 2015.

FERNANDES, Fernando Andrade. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra, Almedina, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais – 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

GOUVEIA, Jorge Bacelar 1966-. Direito da segurança: Cidadania, soberania e cosmopolitismo, 1º ed., Coimbra, Almedina, 2018.

GOUVEIA, Jorge Bacelar e Sofia Santos. Enciclopédia de Direito e Segurança, Coimbra, Almedina, 2015.

### **Legislação**

Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional

Convenção das Nações Unidas sobre o tráfico de drogas

Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar

Declaração universal dos direitos humanos

Convenção sobre trabalhos forçados

Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional relativa à prevenção, à repressão e a punição do tráfico de pessoas.

Protocolo adicional ao combate ao tráfico de migrantes.

Convenção sobre substâncias psicotrópicas de 1971

Convenção única de 1961

Convenção da ONU visando o combate a corrupção

### **Legislação portuguesa**

Constituição da República Portuguesa

Lei 05/2002

Código Penal Português

Código de Processo Penal Português

Decreto-lei 15/1993

Lei 16/2004

Lei 32/2008

Lei 05/2002

Lei 101/2001

Lei 36/1994

Lei 109/2009

Lei 49/2008

### **Legislação brasileira**

Constituição da República Federativa do Brasil

Código Penal Brasileiro

Código de Processo Penal Brasileiro

Lei 9.613/1998

Lei 9.296/1996

Lei 12.850/2013

Lei 9.034/1995

Lei 8.137/1990

Lei 9.807/1999

Lei 12.683/ 2012

Lei 12.694/ 2012

Lei 12.846/ 2013

Lei 13.964/2019

### **Netgrafia**

[http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/may/awash-with-money---organized-crime-and-its-financial-links-to-somali-piracy.html?ref=fs1\\_](http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/may/awash-with-money---organized-crime-and-its-financial-links-to-somali-piracy.html?ref=fs1_)

<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Corrupcao.aspx>, acessado em 13 de novembro de 2019.

[https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Branqueamento\\_capitais.aspx](https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Branqueamento_capitais.aspx), acessado em 13 de novembro de 2019.

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm).

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/877e0322acde18d080257a8300393cc6?OpenDocument>.

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4d499d6f6a75c5e380257c3800385481?OpenDocument>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0011>



## ÍNDICE

DEDICATÓRIA .....	IV
AGRADECIMENTOS .....	V
ABREVIATURAS .....	VI
DECLARAÇÃO .....	VII
RESUMO .....	VIII
ABSTRACT .....	X
INTRODUÇÃO .....	- 12 -
Capítulo I – O CRIME ORGANIZADO E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL .....	- 14 -
1.1 – Evolução histórica do crime organizado na legislação internacional.....	- 14 -
1.2 – Conceito de organização criminosa e a Convenção de Palermo. ....	- 17 -
1.3 – Crime organizado e a prática da pirataria .....	- 18 -
1.4 – Crime Organizado, tráfico de pessoas e escravidão .....	- 20 -
1.5 – Crime organizado e o tráfico de drogas.....	- 23 -
1.6 – Crime Organizado e os delitos de corrupção. ....	- 26 -
1.7 – Crime organizado e o branqueamento de capital. ....	- 32 -
Capítulo II- O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E EM PORTUGAL EM FATOS E NÚMEROS.....	- 35 -
2.1 – O crime organizado no Brasil.....	- 35 -
2.2 – O crime organizado em Portugal.....	- 38 -
Capítulo III – MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.....	- 43 -
3.1 - Conceitos .....	- 43 -
3.2 - Meios de obtenção de prova no sistema jurídico português .....	- 45 -
3.2.1 – Exames .....	- 45 -
3.2.2 – Revistas e buscas.....	- 46 -
3.2.3 – Apreensões.....	- 52 -
3.2.4 – Escutas telefônicas como meio de obtenção de prova.....	- 53 -
3.3 – Meios de obtenção de prova no Brasil.....	- 58 -
3.3.1 – Conceitos.....	- 58 -
3.3.2 – Busca e Apreensão. ....	- 60 -

3.3.3 – Interceptação telefônica no Brasil.....	- 64 -
<b>Capítulo IV – COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. ....</b>	<b>- 72 -</b>
4.1 - Definição legal e evolução legislativa brasileira no combate ao crime organizado..	- 72 -
4.2 - Direto Penal e Processo Penal como instrumento de política criminal. ....	- 74 -
4.3 - O combate ao crime organizado como uma política de Estado. ....	- 78 -
4.4 - Meios legais para o combate ao crime organizado. ....	- 81 -
4.4.1 – Meios legais para o combate ao crime organizado no Brasil. ....	- 81 -
4.4.2 – Meios legais para o combate ao crime organizado em Portugal. ....	- 83 -
4.5 - Colaboração premiada aplicada ao Direito brasileiro.....	- 85 -
4.5.1 - Colaboração premiada e análise conceitual. ....	- 85 -
4.5.2 – Colaboração premiada e o Direito comparado. ....	- 86 -
4.5.3 – Críticas a colaboração premiada. ....	- 87 -
4.5.4 – Fases da colaboração premiada no sistema brasileiro e sua formalidade à luz da lei 13.964 de 2019. ....	- 88 -
4.5.5 – Benéficos auferidos pelo acordo de colaboração premiada. ....	- 94 -
4.5.6 – Hipóteses de rescisão do acordo de colaboração. ....	- 94 -
4.6 - Colaboração premiada aplicada ao Direito Português. ....	- 95 -
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>- 99 -</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>- 101 -</b>